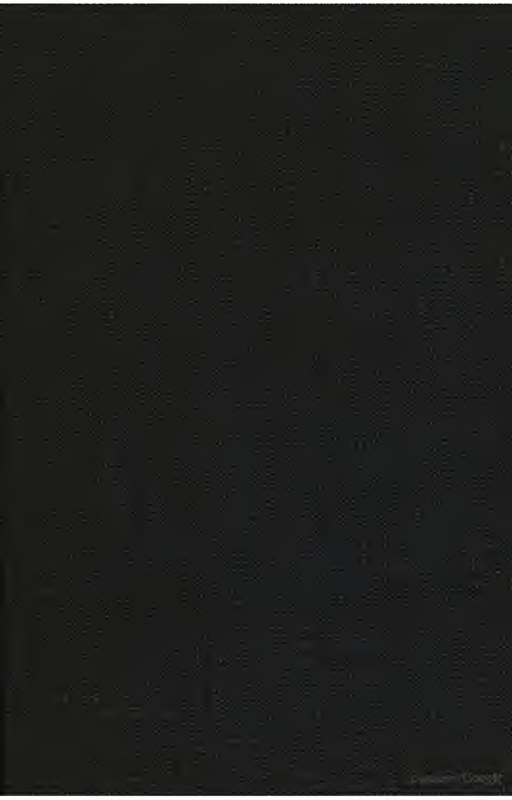




TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN.

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE FIRMIN DIDOT FRÈRES,
RUE JACOB, N° 56.

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN,

PAR M. F. C. DE SAVIGNY,

MEMBRE DE L'INSTITUT DE FRANCE;

TRADUIT DE L'ALLEMAND

PAR M. CH. GUENOUX,

DOCTEUR EN DROIT.

Tome Troisième.



PARIS,

FIRMIN DIDOT FRÈRES, LIBRAIRES,

IMPRIMEURS DE L'INSTITUT,

RUE JACOB, 56.

1843.



TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME TROISIÈME.

CHAPITRE III.

DE L'ORIGINE ET DE LA FIN DES RAPPORTS DE DROIT.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME TROISIÈME.

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE III.

DE L'ORIGINE ET DE LA FIN DES RAPPORTS DE DROIT.

§ CIV. *Introduction.*

J'ai déjà dit (§ 52) que la science du droit n'a pour objet que des droits acquis. Cela signifie que les rapports de droit dont nous avons à étudier l'essence n'existent pas comme tels au fond de la nature humaine, mais viennent du dehors s'y ajouter. La possibilité et le besoin de ces rapports, c'est-à-dire leur germe, se retrouve seul à un degré égal chez tous les hommes, et porte avec soi sa nécessité intérieure. Le développement de ce germe a un caractère d'individualité et de contingence qui se manifeste par la

variété indéfinie que l'on remarque dans l'extension des droits de chacun.

Mais on se tromperait si, pressant cette définition, on ajoutait que tous les droits d'une personne s'acquièrent dans le cours de sa vie; car, si cela est vrai de la plupart des droits, il y a aussi des droits nombreux et importants qui commencent à l'instant même de la naissance, car ils se fondent précisément sur le fait même de la naissance, accompli dans des circonstances déterminées (*a*). Les droits acquis peuvent donc aussi être des droits innés.

Maintenant, chaque rapport de droit a ses règles spéciales, d'après lesquelles il commence et il finit pour une personne déterminée. Ces règles ont tant d'importance (*b*), que souvent elles for-

(*a*) Ainsi, par exemple, commence pour l'enfant, au moment de sa naissance, la cognation, du moins avec sa mère; ordinairement la dépendance de la puissance du père, et l'agnation avec ses agnats. Si le père, sous la puissance duquel il devait tomber, n'existe plus, l'enfant acquiert, au moment de sa naissance, la totalité ou une partie des biens de celui-ci.

(*b*) Cette importance est reconnue et même exagérée par Ulpien. L. 41, de leg. (I, 3). « *Totum* autem jus consistit aut « in adquirendo, aut in conservando, aut in minuendo: aut « enim hoc agitur quemadmodum quid cujusque fiat : aut « quemadmodum quis rem vel jus suum conservet : aut quo- « modo alienet aut amittat. » Entre les deux termes, Ulpien en introduit un troisième, le *conservare*. Pris dans son sens

ment presque l'unique objet de notre étude et de nos recherches. Quelquefois aussi il y a dans les règles particulières aux différents droits des prescriptions communes qui, pour être bien comprises, ont besoin d'être réunies et étudiées en elles-mêmes. Ces prescriptions rentrent dans la partie générale du traité (§ 58), et leur exposition forme la matière du présent livre.

J'appelle *faits juridiques* les événements en vertu desquels les rapports de droit commencent ou finissent. Ainsi tous les faits juridiques ont pour caractère commun d'apporter, dans le temps, un changement aux rapports de droit de personnes déterminées. Mais au sein de cette nature commune existent de nombreuses différences. Je vais d'abord passer en revue les principales, et signaler les éléments dont l'importance appellera une exposition spéciale et détaillée.

I. Les faits juridiques sont ou positifs ou négatifs, selon qu'il faut la réalisation ou l'omission d'un acte pour qu'un droit commence ou finisse.

propre, l'effet de la durée du droit lui-même, ce terme peut se ramener à la négation du troisième ou à l'affirmation du premier, et alors le « *totum* jus consistit » dit beaucoup trop. Si, au contraire, on entend par *conservare* la conservation de l'usage ou la poursuite du droit, ces trois termes embrassent effectivement la plus grande partie des règles du droit; mais leur nature n'est pas assez identique pour justifier ce rapprochement.

De ces deux classes, la première est incomparablement la plus nombreuse et la plus importante.

II. D'après cela, les faits juridiques ont pour résultat de marquer le commencement ou la fin des rapports de droit. Néanmoins, plusieurs de ces faits et des plus importants ne présentent pas exclusivement l'un ou l'autre de ces caractères, mais offrent un mélange de tous deux. Ce résultat mixte se trouve dans la transformation ou la métamorphose des rapports de droit (§ 59). Alors le fait juridique détruit l'ancien rapport de droit, et en engendre un nouveau.

Cette transformation elle-même peut se présenter sous deux formes différentes.

A. Subjectivement; lorsque le même rapport de droit est transporté d'une personne à une autre, et dès lors se continue par la substitution d'un nouveau sujet. C'est là ce qu'on appelle *succession*. Je définirai plus tard la nature générale de cet ordre de faits.

B. Objectivement; lorsque le même rapport de droit est considéré comme persistant, malgré la modification de son contenu. Cette transformation objective trouve son véritable et complet développement dans le droit des obligations (*c*). Sans doute on en fait aussi l'application à

(*c*) Dans la doctrine du *dolus, culpa, casus*, et des dommages-intérêts.

d'autres matières, mais seulement en tant qu'on les soumet aux principes et aux règles des obligations (*d*). Ce sujet a donc une nature tellement concrète, qu'il vaut mieux l'abandonner tout à fait ici que d'en essayer une esquisse, nécessairement froide et insuffisante, à moins d'empiéter sur le domaine du droit des obligations.

III. Les faits juridiques peuvent résulter :

A. Des *actes libres* de la personne intéressée, c'est-à-dire celle que concerne le gain ou la perte;

B. De circonstances accidentelles, ce qui comprend aussi les actes et les omissions des tiers (*e*).

Quant aux actes libres, la volonté de l'agent est susceptible de deux modes d'activité.

a) Elle peut avoir pour objet immédiat de former ou de détruire le rapport de droit, quand même ce ne serait là qu'un moyen de parvenir à

(*d*) Ainsi, par exemple, dans la *rei vindicatio*, celui *qui dolo desiit possidere* est un véritable demandeur, et le dol et la faute du défendeur ont sur le jugement la plus grande influence. Mais aussi, dans ces cas, le rapport entre le demandeur et le défendeur prend un caractère obligatoire.

(*e*) Quand je suis victime d'un vol, et que par là j'acquiers un droit, il y a du côté du voleur un acte libre; mais, de mon côté, un fait accidentel indépendant de ma volonté. — Si, laissant passer un délai, j'encours une déchéance, il n'y a jamais là un acte libre, que j'aie laissé passer le délai par oubli ou avec intention.

un but ultérieur non juridique (*f*). Les faits de cette espèce s'appellent *déclarations de volonté*.

b) Elle peut avoir directement pour objet un but non juridique; de sorte que les effets juridiques apparaissent à la conscience comme subordonnés (*g*), ou même n'apparaissent pas du tout (*h*).

Enfin, les déclarations de volonté se montrent sous deux formes différentes :

1° Comme expression d'une volonté unique, et je citerai en première ligne les testaments qui trouveront leur place dans une partie spéciale du traité, le droit de succession;

(*f*) Celui qui achète une maison accepte avec connaissance de cause un rapport de droit qui lui constitue des droits et des obligations; mais ce rapport n'est pour lui qu'un moyen, soit d'habiter la maison, soit de réaliser un bénéfice en la louant ou même en la revendant.

(*g*) Le chasseur qui poursuit un animal veut jouir du plaisir de la chasse, et, en outre, manger l'animal ou le vendre; quant à l'occupation comme moyen d'acquérir la propriété, il ne s'en rend pas compte aussi clairement. — Celui qui fait faire à la propriété d'un ami absent des réparations urgentes se propose de prévenir un dommage; mais il ne pense guère au quasi-contrat de la *negotiorum gestio*, ou au cinquième titre du livre III du Digeste.

(*h*) Celui qui me vole ne se propose certainement pas de devenir mon débiteur *ex delicto*. Aussi cet acte, pour moi accidentel (note *e*), et libre pour le voleur, même sous ce dernier rapport, n'est pas appelé un acte juridique.

2° Comme le concours de deux ou de plusieurs volontés, c'est-à-dire comme contrat (*i*).

Ces principes généraux se retrouvent avec des traits individuels dans les diverses matières du droit, la propriété et les autres droits réels, les obligations, le droit de succession, les rapports de famille. L'étude de ces manifestations concrètes rentre dans l'exposition de ces diverses institutions, c'est-à-dire dans la partie spéciale du traité. Néanmoins les déclarations de volonté revêtent deux formes tellement compréhensives et applicables à tant d'institutions différentes, que l'examen approfondi de ces formes ne peut être placé convenablement qu'ici; je veux parler des *contrats* et des *donations*.

IV. Enfin, il me reste à mentionner les faits qui contiennent, comme élément essentiel, le laps d'un certain délai, et qui, par conséquent, dépendent d'une fixation de temps.

Après cette revue sommaire, je dois traiter avec détail des différents faits juridiques, et d'abord des plus importants par leur nature et par les variétés qu'ils présentent. Parmi ces faits, je place:

(*i*) Ainsi le contrat qui, pour chacune des parties contractantes, engendre des droits et des obligations, est en outre pour chacune d'elles un acte libre, et une déclaration de volonté proprement dite.

I. Les successions.

II. Les actes libres.

III. Les déclarations de volonté.

IV. Les contrats.

V. Les donations.

VI. Les faits qui dépendent d'une fixation de temps.

Je traiterai en second lieu des obstacles qui s'opposent à l'efficacité des faits juridiques, ou des différentes espèces de nullités et de leurs causes.

Cette première face de la théorie des faits juridiques peut s'appeler son côté positif; la seconde, son côté négatif.

§ CV. *Des principaux faits juridiques.* — I. *Successions.*

J'ai déjà montré que les faits juridiques appliqués aux rapports de droit avaient toujours pour résultat d'amener un changement dans le temps, et que ce changement pouvait aussi s'opérer par la substitution d'un nouveau sujet (§ 104). Cet ordre de faits s'appelle succession, et il s'agit maintenant d'en déterminer la nature.

Pour admettre une pareille succession juridique, c'est-à-dire la transformation purement subjective d'un rapport de droit, il faut supposer que l'identité du rapport de droit lui-même per-

siste. Pour admettre cette identité, il ne suffit pas qu'il y ait une même espèce de droit appliquée à un même objet. Si, par exemple, deux personnes possèdent le même immeuble à des époques différentes, cette circonstance est insuffisante pour établir entre elles une succession.

La succession implique entre les deux rapports de droit un lien tellement intime qu'on puisse les envisager comme un seul et même rapport transmis d'une personne à l'autre. Pour que ce lien existe, il faut que le droit postérieur en date se rattache immédiatement au premier. Si donc une chose abandonnée par son maître est plus tard occupée par un autre, le seul intervalle qui sépare les deux possessions empêche qu'il y ait succession (*a*). Mais la continuité dans le temps n'est pas encore suffisante; elle existe, par exemple, dans la transmission de la propriété au moyen de l'usucapion, et cependant il n'y a entre les deux propriétaires aucun lien juridique. Ce lien existe là où le rapport de droit postérieur se fonde sur le premier, en découle comme conséquence, s'y rattache comme à sa condi-

(*a*) Peut-être dira-t-on que, si l'héritier est successeur du défunt, souvent il s'écoule entre la mort et l'adition d'hérédité un long espace de temps pendant lequel les biens demeurent réellement sans maître. Mais toujours, lors de l'adition d'hérédité, les droits de l'héritier sont reportés, en vertu d'une fiction légale, au moment du décès. Voy. § 102, *b*.

tion. La transmission de la propriété au moyen de la tradition nous en offre un exemple. Non-seulement la propriété nouvelle commence à l'instant même où a cessé l'ancienne, mais elle ne commence que si le premier possesseur était réellement propriétaire. Une semblable dépendance d'un droit individuel antérieur ne se trouve nullement dans l'acquisition faite au moyen de l'usucapion. Un lien de dépendance existant entre le premier et le second droit nous permet seul de les identifier; et ce cas, mis en parallèle avec ceux que je viens d'énumérer, a semblé tellement important et fécond en conséquences, que pour le désigner on a créé une expression technique, *successio*.

La manière la plus simple et la plus naturelle d'envisager les rapports de droit est de considérer la personne intéressée comme la substance permanente, et le droit lui-même comme un accident qui, suivant les circonstances, est ou n'est pas inhérent à la personne (§ 4, 52). La définition de la succession nous conduit à renverser la position respective de la personne et du droit. Le droit devient alors la substance permanente, puisqu'il est susceptible de se transmettre sans altération à une suite d'individus qui se remplacent.

Il s'agit maintenant de savoir si le principe de la succession s'applique également à toutes les

espèces de rapports de droit. Cette question doit se résoudre négativement : le droit des biens est le domaine véritable de la succession ; quant aux rapports de famille, elle n'y occupe qu'une place secondaire et peu importante. — En effet, les biens étant de leur nature extérieurs et étrangers à la personne, les parties dont ils se composent se trouvent vis-à-vis de l'homme dans une relation tout à fait accidentelle et variable (§ 56) ; aussi les applications les plus étendues et les plus nombreuses du principe de la succession sont en parfaite harmonie avec l'essence du droit des biens. — Mais le droit de la famille, dont les institutions primitives se lient si étroitement à la nature même de l'homme, n'admet pas le principe de la succession, et, dans le fait, il ne s'y applique que de deux manières. Je citerai d'abord ces parties artificielles de la famille, fondées elles-mêmes sur des rapports de biens, et dès lors soumises comme eux aux règles ordinaires de la succession. Ainsi le droit du maître sur ses esclaves se fonde sur la propriété, et fait partie de sa succession comme toute autre espèce de propriété. Le même principe d'affinité existe pour le patronage, la *mancipii causa* et le colonat (§ 55). Ensuite l'ancien droit romain, en donnant à quelques parties des rapports de famille primitifs le caractère de la propriété, a rendu la puissance paternelle, l'autorité conjugale rigoureuse (*manus*), suscep-

tibles d'entrer dans la succession (§ 55, n. 1, 4). Mais presque toutes ces applications sont effacées du droit romain actuel; quelques-unes chez les Romains eux-mêmes avaient bientôt passé à l'état de symboles, et avaient tout à fait disparu longtemps avant Justinien. Une institution seule du droit de la famille, la *datio in adoptionem*, est encore l'objet d'une succession véritable; mais le principe de la succession n'exerce pas ici une influence notable. — De tout cela nous pouvons conclure que le droit des biens est le domaine où le principe de la succession trouve des applications importantes.

A cette remarque se rattache immédiatement la grande division des successions en successions à titre singulier et à titre universel (*b*).

On appelle succession à titre singulier, celle qui a pour objet un droit des biens ou même plusieurs; mais de telle sorte que chacun soit transmis isolément sans que cette réunion accidentelle établisse entre eux aucun lien de dépendance. Ce principe est fort simple, et il n'ac-

(*b*) Afin de prévenir toute méprise, j'avertis ici que les expressions techniques adoptées par les auteurs modernes, *successio universalis* et *singularis* ou *particularis*, ne sont pas authentiques; mais je ne saurais leur substituer aucune expression aussi précise, aussi claire ou aussi généralement connue. Au reste, je déterminerai plus bas la phraséologie authentique.

quiert de signification et de valeur que quand on l'appose à l'autre espèce de succession.

La succession à titre universel a pour objet les biens considérés comme un tout idéal, abstraction faite de son contenu spécial, tant pour la quantité, la valeur vénale, que pour la qualité, c'est-à-dire la nature des droits particuliers qui le composent et les objets de ces droits (§ 56) (*c*). Si donc la succession à titre universel embrasse les droits particuliers contenus dans l'ensemble des biens, ce n'est que médiatement et comme parties intégrantes de l'ensemble qui forme l'objet propre de la succession. Les propositions suivantes achèveront de déterminer ce principe important.

1° L'ensemble des biens, considéré comme un tout idéal, sans égard à son contenu, forme l'objet de cette espèce de succession. Néanmoins, elle peut aussi embrasser, non pas la totalité, mais une portion déterminée des biens, car cette portion a pour base nécessaire l'ensemble total, comme la fraction l'unité. On comprend encore que plusieurs droits soient de leur nature incapables de se transmettre par succession

(*c*) L'écrit le plus important sur la nature de la succession universelle est celui de Hasse, *Universitas juris et rerum;* Archiv., vol. V, n. I (voy. § 56, *o*), bien que cette recherche ne soit pas le but principal de l'auteur. La succession universelle est définie page 19.

et périssent entièrement (*d*), car la distraction de certains droits déterminés ne porte aucune atteinte à l'essence de l'unité des biens, la seule chose dont il s'agit ici.

2° Les biens étant une *universitas* et la plus importante de toutes, on peut encore exprimer le principe de cette manière : l'objet de la succession à titre universel est une *universitas*, considérée comme telle; et l'on verra tout à l'heure que c'est effectivement l'expression adoptée par les Romains pour désigner cette espèce de succession. On a souvent prétendu, mais à tort, qu'une semblable succession pouvait exister pour toute espèce d'*universitas*, par exemple, la dot ou le pécule (§ 56); mais il n'en est jamais question que pour l'universalité des biens.

3° Le signe caractéristique de la succession à titre universel est la transmission immédiate des créances et des dettes composant l'ensemble des biens (*e*), et il n'y a pas d'autre voie pour cette

(*d*) Hasse, p. 24. — Ainsi, par exemple, l'hérédité est une succession universelle comme l'adrogation. Néanmoins, dans le premier cas, l'usufruit du défunt se trouve éteint, et dans le second, non-seulement l'usufruit, mais aussi toute dette de l'adrogé.

(*e*) Hasse, p. 21. — Pour l'hérédité, la chose n'est pas douteuse; en cas d'adrogation, la plupart des créances passent au père adoptif, et il en serait de même des dettes, si elles ne se trouvaient éteintes par la *capitis deminutio* (§ 70,

sorte de transmission, puisque la succession à titre singulier ne saurait l'effectuer (*f*).

4° Ce rapport artificiel de droit n'est susceptible d'aucune extension arbitraire; il a été institué spécialement pour un certain nombre de cas déterminés, et, dans aucun d'eux, la volonté individuelle ne peut le modifier (*g*). Les principaux concernent les biens laissés par un défunt, tels que : *hereditas, bonorum possessio, fideicommissaria hereditas*, et autres rapports semblables. Les biens d'un homme vivant se transmettent de la même manière, quand le propriétaire passe sous la puissance d'un autre (*arrogatio, in manum conventio*, l'esclavage imposé comme une peine), ensuite lorsque les biens eux-mêmes sont vendus par des créanciers d'après l'ancienne procédure. Sans doute, dans plusieurs autres circonstances, on peut vouloir transmettre un ensemble de biens, mais la volonté des parties ne reçoit pas son exécution immédiate, car la succession à

n. III). — Par rapport à l'héritier, cette circonstance est donnée comme signe caractéristique dans la L. 37, *de adqu. vel om. her.* (XXIX, 2).

(*f*) En fait d'obligations, il n'y a pas de succession singulière; mais on y a suppléé dans l'intérêt des relations civiles. Ainsi on substitue à une obligation une obligation de même valeur (*novatio*), ou bien on poursuit le recouvrement d'une créance par représentant (*cessio actionis*).

(*g*) Ces cas se trouvent énumérés dans Hasse, p. 49.

titre universel n'admet pas d'application arbitraire; mais alors les diverses parties dont les biens se composent doivent être transmises séparément (*h*).

5° Maintenant, on peut se demander pourquoi ce principe, créé pour certains cas spéciaux, n'a pas été étendu à d'autres. Sans doute son origine se rattache à un rapport très-ancien se reproduisant constamment, et d'une haute importance, l'*hereditas ;* elle devait nécessairement comprendre les créances et les dettes, et spécialement les *sacra*. Ce résultat pratique pouvait s'obtenir au moyen de prescriptions particulières sur chacun de ces objets; mais les Romains, dont le tact était si sûr, aimèrent mieux établir en cette ma-

(*h*) Hasse, p. 23-40. — Les cas les plus importants de cette espèce sont ceux où une universalité de biens est donnée, constituée en dot, mise en société, et le cas où un héritier aliène la succession qui lui a été dévolue. On pourrait en quelque sorte ranger dans la même classe le *legatum partitionis,* qui agit comme succession singulière tout en ayant pour objet une quote-part de l'hérédité. Le testateur pouvait aussi bien instituer le légaire héritier de cette quote-part, et alors il y aurait eu succession universelle; son intention a donc été précisément de renfermer cette quote-part dans les limites d'une succession singulière. — La restitution d'une succession fidéi-commissaire appartenait autrefois à la même classe; mais le sénatus-consulte Trébellien lui attribua le caractère de succession universelle. Gaius, § 252, 253.

tière un principe général applicable dans ses déductions aux questions secondaires. A l'*hereditas* se rattachèrent immédiatement les autres cas principaux, tels que la *bonorum possessio*, et ce n'étaient effectivement que des applications plus éloignées du principe fondamental. Pour l'adrogation, etc., il était également impossible de trouver une analogie plus convenable. D'un autre côté, il répugnait à l'esprit judicieux des Romains d'étendre cette institution au delà des besoins immédiats, et en abandonner l'usage aux volontés individuelles pouvait conduire à des résultats trop rigoureux (*i*). Ainsi donc on peut dire, dans le sens des jurisconsultes romains, que l'application de la succession à titre universelle est *juris publici* (§ 16).

Il me reste maintenant à déterminer exactement la phraséologie des Romains (*k*).

L'expression *successio* (*successor, succedere*), employée seule, est équivoque, car elle se prend

(*i*) Sans doute, les limites de l'application ne sont pas posées avec une nécessité rigoureuse; et, parmi les cas d'une importance secondaire, on aurait pu en retrancher ou en ajouter quelques-uns sans porter atteinte à l'essence de l'institution. Hasse, p. 60, examine pourquoi les Romains ont admis ces cas à l'exclusion de tous autres. C'est une recherche approfondie, mais qui n'est pas toujours exempte de subtilité.

(*k*) Cf. Hasse, p. 40, sq.

dans deux acceptions différentes, et l'on ne peut en déterminer le sens avec certitude que d'après l'ensemble du texte où elle se trouve. — Souvent elle désigne d'une manière exclusive la succession universelle (*l*), par exemple dans les textes où l'on voit rapprochés *heredes ceterique successores* (*m*); souvent même elle a un sens encore plus restreint, et désigne la succession à titre universel résultant d'un décès (*n*). — Dans d'autres textes, au contraire, c'est une expression générique comprenant les deux espèces de successions; par exemple, là où elle s'applique à certains cas spécialement déterminés de la succession à titre singulier (*o*), et surtout là où l'auteur juge nécessaire d'ajouter quelque chose pour désigner l'espèce de succession dont il parle. Ce langage implique évidemment que *successio*, sans aucune addition, est une expression générique qui em-

(*l*) Gaius, III, § 82. — Pr. J. de eo qui lib. (III, 11). — Inscript. tit. J. de successionibus sublatis (III, 12). — L. 170 de V. S. (L. 16); L. 7, § 2, de cond. furt. (XIII, 1); L. 1, § 37, 43, de aqua (XLIII, 20), et beaucoup d'autres textes.

(*m*) L. 1, § 44, 48, de vi (XLIII, 16); L. 14, § 1, de div. temp. (XLIV, 3); L. 17, § 1, de proc. (III, 3).

(*n*) Hasse, p. 43, sq.

(*o*) L. 17, § 5, de pactis (II, 14), « etsi *per donationem successio* facta sit. » L. 4, § 29, de doli exc. (XLIV, 4); L. 7, in f.; L. 8, de jurej. (XII, 2).

brasse les deux espèces de successions. J'en citerai tout à l'heure de nombreux exemples.

Pour déterminer la dénomination propre de chaque espèce de succession, les textes les plus importants sont ceux où elles se trouvent rapprochées et opposées l'une à l'autre; en voici quelques-uns :

I. L. 3, § 1, de exc. rei vend. (XXI, 3). « Pari ratione etiam venditoris *successoribus* nocebit : sive *in universum jus*, sive *in eam* dumtaxat *rem successerint.* »

II. L. 1, § 13, quod leg. (XLIII, 3). « In locum successisse accipimus, sive *per universitatem*, sive *in rem* his *sit successum.* »

III. L. 37, de adqu. vel. om. her. (XXIX, 2). « Heres *in omne jus* mortui, non tantum *singularum rerum dominium succedit.* »

IV. L. 24, § 1, de damno inf. (XXXIX, 2). « ... *successores* autem non solum qui *in universa bona succedunt*, sed et hi, qui *in rei tantum dominium successerint*, his verbis continentur (les termes d'une stipulation mentionnée précédemment, où l'expression *successorum* se trouvait employée sans autre désignation). »

Je vais maintenant, d'après ces textes et d'après d'autres encore, passer en revue les expressions employées pour désigner l'une ou l'autre espèce de successions.

A. Succession à titre universel.

Per universitatem successio ou succedere.
N. II des textes cités.
Pr. J. de succ. subl. (III, 12).
Per universitatem adquirere ou adquisitio.
§ 1, J. de succ. subl. (III, 12).
§ 6, J. per quas pers. (II, 9).
Gaius II, § 97.
Per universitatem transire.
L. 62, de adqu. rer. dom. (XLI, 1).
L. 1, § 1, de fundo dot. (XXIII, 5).
Universitatis successio.
L. 3, pr. de B. P. (XXXVII, 1).
In jus succedere.
L. 9, § 1, de edendo (II, 13).
L. 177, § 1, de R. J. (L. 17).
L. 3, pr. de B. P. (XXXVII, 1).
In omne jus succedere.
Num. III des textes cités.
L. 11, de div. temp. (XLIV, 3).
In universum jus succedere et successio.
N. I des textes cités.
L. 19, § 5, de ædil. ed. (XXI, 1).
L. 24, de V. S. (L. 16).
L. 52, de R. J. (L. 17).
Juris successor.
L. 9, § 12, de her. inst. (XXVIII, 5).
L. 9, § 1, de edendo (II, 13).
§ 11, J. de test. ord. (II, 10).
In universa bona succedere.

N. IV des textes cités.

B. Succession à titre singulier.

In rem succedere.

N. I, II des textes cités.

L. 8, de jure j. (XII, 2).

In rei dominium succedere.

N. IV des textes cités.

In singularum rerum dominium succedere.

N. III des textes cités.

Quant aux formes *per* universitatem succedere, etc., j'observe qu'elles ne désignent pas d'une manière directe la succession à titre universel, c'est-à-dire à la totalité des biens, comme *universitas;* elles s'appliquent à l'acquisition d'un objet particulier, mais comme dépendance de l'*universitas* dont cet objet fait partie intégrante.

§ CVI. — II. *Actes libres. — Empêchements : A. L'âge. Introduction.*

Les actes libres dans leurs relations avec les rapports de droit peuvent être envisagés sous un double aspect comme *objets* ou comme *principes générateurs* des droits. De ces deux points de vue, le premier n'est applicable qu'à une classe particulière de droits, les obligations, et dès lors rentre dans la partie spéciale du traité. Mais le second, où les actes libres nous apparaissent comme le principe qui engendre ou

détruit le rapport de droit, et dès lors forme la classe la plus importante des faits juridiques, ce second point de vue doit nécessairement nous occuper ici, car cette matière nous offre à résoudre une grande question générale : Quelles sont les conditions personnelles de la *capacité d'agir* (*a*), ou, pour nous exprimer d'une manière plus explicite, quels empêchements annulent ou restreignent cette capacité? Quelles sont ensuite ses extensions artificielles?

Les empêchements qui entravent la capacité d'agir ou l'exercice libre et complet de l'intelligence, peuvent se ramener aux cas suivants, que nous aurons successivement à étudier :

Le défaut de maturité d'âge,

L'aliénation mentale,

L'interdiction,

(*a*) J'ai montré (§ 60) la différence essentielle existant entre la capacité du droit et la capacité d'agir. Voici maintenant leurs rapports réciproques : Celui qui a la capacité du droit est, suivant les circonstances, capable ou incapable d'agir; celui qui n'a pas la capacité du droit est par là même incapable d'agir, car ses actes ne sauraient produire aucun effet. La où il paraît en être autrement, ce ne sont pas légalement parlant ses actes, mais les actes d'un tiers qu'il représente. Ainsi, par exemple, l'esclave romain pouvait faire les actes les plus importants, même les mancipations et les stipulations; mais alors il n'était que l'instrument juridique de son maître, auquel ces actes étaient imputés comme s'ils fussent émanés de lui personnellement.

La nature des personnes juridiques.

Il est évident que l'homme, au moment de sa naissance, est complétement privé de l'usage de la raison; mais, entre cet état et le développement complet de l'intelligence, il existe une foule de progrès successifs tout à fait imperceptibles. De là résultent, pour l'application du droit, deux difficultés très-graves : la première tient à l'incertitude du terme de la vie, la seconde à l'inégalité du développement intellectuel chez les individus. Ici les besoins de la pratique appelaient une solution péremptoire de ce double problème par des règles positives, comme seul moyen de trancher la difficulté. Tel est le sens de toutes les dispositions du droit positif relatives à l'âge, dispositions qui influent non sur la capacité du droit, mais sur la capacité d'agir, et dont l'exposition détaillée trouve dès lors ici sa véritable place.

Le droit romain reconnaît trois grandes époques dans la vie humaine, qui se trouve ainsi partagée en quatre périodes juridiques.

1° Depuis la naissance jusqu'à la fin de la septième année, — *infantes*, *qui fari non possunt*, enfants.

2° Depuis la septième année jusqu'à la fin de la quatorzième ou de la douzième année, selon le sexe : — *qui fari possunt* (chez les auteurs modernes, *infantia majores*). — Pendant ces

deux premières périodes, *impuberes,* impubères.

3° Depuis la quatorzième ou la douzième année jusqu'à la fin de la vingt-cinquième, — *adolescentes, adulti.* — Pendant ces trois premières périodes, — *minores* (*b*), mineurs. — Pendant cette période et la suivante, — *puberes,* pubères.

4° Depuis la vingt-cinquième année jusqu'à la mort, — *majores,* majeurs.

Avant d'aller plus loin, je dois faire observer que, dans la fixation de ces trois époques, celle intermédiaire (*pubertas*) est à la fois la plus ancienne et la plus importante (*c*). En effet, nous voyons, dès les premiers temps historiques, le droit romain reconnaître que l'usage complet de la raison commence avec la puberté. Avant cette époque, l'homme étant incapable d'agir, ses biens sont administrés par un tuteur. A partir de cette époque, ayant pleine capacité d'agir, il dispose de ses biens et n'a plus besoin de tuteur (*d*). Mais

(*b*) *Minores* n'est que l'abréviation de Minores XXV annis. Il en est de même de *Majores.*

(*c*) L'importance prédominante de la *pubertas* se reconnaît encore à ce que l'âge des *Impuberes* et des *Puberes* est appelé *prima* et *secunda ætas*, comme si c'étaient là les seules distinctions relatives à l'âge. L. 30, C. de ep. aud. (I, 4); L. 10, C. de impub. et al. subst. (VI, 26); L. 8, § 3, C. de bonis quæ lib. (VI, 61).

(*d*) Pour les hommes, la tutelle finissait entièrement; pour

ces deux règles ont reçu des modifications successives, auxquelles se rapportent la première et la troisième époque. La fin de l'enfance marque le moment à partir duquel commence une certaine capacité d'agir; de même la fin de la minorité marque le moment où cessent les restrictions apportées successivement à la capacité absolue d'agir qu'avaient autrefois les mineurs.

De ces quatre périodes, la dernière n'appelle aucunes considérations particulières, car elle constitue l'état normal où la capacité d'agir n'est gênée par aucun obstacle. Je passe à l'examen successif des trois premières périodes; je déterminerai les limites de chacune d'elles et leur signification pratique, en indiquant à la fois, autant que possible, l'origine historique des règles de droit qui s'y rapportent.

§ CVII. — II. *Actes libres.* — *Empêchements :* A. *Age. Infantes et qui fari possunt.*

D'abord on se demande ce qui a déterminé les Romains à créer au sein de la minorité une période distincte sous le nom d'*infantia*, en d'autres termes, quelle est la signification pratique de l'*infantia*.

les femmes commençait une tutelle nouvelle (*muliebris*), mais qui n'avait aucun rapport avec l'âge, et que l'âge seul ne faisait jamais finir.

D'après la rigueur de l'ancien principe, les *impubères* étaient absolument incapables d'aucun acte juridique; c'est pourquoi on leur donnait un tuteur qui agissait pour eux (§ 106). Mais l'application inflexible de ce principe, dans le cas même où l'impubère, libre de la puissance paternelle, avait des biens en propre, eût singulièrement entravé les transactions de la vie sociale et causé un grave préjudice à l'impubère lui-même. En effet, pour la plupart des actes, et les plus importants, l'ancien droit exigeait le concours des parties intéressées; et la représentation par un étranger, ici le tuteur, était impossible, car elle n'eût produit aucun effet. Ainsi le tuteur de l'impubère aurait pu cultiver ses terres, recevoir les fermages et les intérêts des capitaux, pourvoir à son entretien, en un mot administrer les affaires courantes; mais les actes juridiques les plus avantageux et les plus nécessaires, la mancipation, la stipulation, le contrat de vente, lui eussent été complétement interdits au grand détriment de son pupille. Comment parer à ces inconvénients?

Une considération vint aussitôt se présenter. Si l'on a fixé l'époque de la puberté comme condition de la capacité d'agir, c'est d'après cette présomption que, parvenu à l'âge de puberté, l'homme a le discernement nécessaire pour veiller à ses intérêts. Mais jamais on n'a pensé que

ce discernement se déclarât tout à coup. Il existait depuis quelque temps avant (*prope pubertatem*); on peut dès lors sans inconvénient laisser agir un impubère *proximus pubertati*, pourvu qu'on le garantisse contre tout préjudice, et la garantie la plus sûre est de permettre à l'impubère les actes où il n'y a rien à perdre, tels que le *stipulari*, et d'exiger le consentement du tuteur pour les actes susceptibles de compromettre ses intérêts, tels que le *promittere*. Par là on facilitait sans danger les transactions de la vie sociale, et l'on donnait une solution à la difficulté signalée : cette solution, les Romains l'ont effectivement adoptée, et chose remarquable, non comme déviation à un principe général, mais comme une règle absolue et se justifiant de soi-même.

Cependant le remède n'était pas encore suffisant, car il s'appliquait à un intervalle bien court. On eut donc recours à un moyen plus efficace, on fit un nouveau pas, et l'on admit que l'impubère, même avant l'âge où on lui reconnaît l'intelligence des affaires, pouvait agir par lui-même, toutefois avec les garanties déjà mentionnées, c'est-à-dire dans les cas seulement où il ne court aucun risque, et dans tous les autres cas, avec le consentement de son tuteur. Observons ici que les Romains n'ont pas regardé cette seconde mesure comme un principe s'impliquant de soi-même,

mais comme une règle toute positive destinée à faciliter les transactions, comme *benigna interpretatio utilitatis causa recepta* (*a*), dès lors comme un *jus singulare* (§ 16). Ainsi donc, sauf les garanties indiquées plus haut, l'impubère pouvait agir avant même d'avoir l'intelligence de ses actes, et voilà ce qui constituait l'anomalie aux yeux des Romains, tandis qu'ils regardaient comme naturelle la capacité du *pubertati proximus*.

Cependant, à moins de se faire un jeu des actes juridiques, cette faculté devait être renfermée

(*a*) Cette pensée est exprimée de la manière la plus explicite aux § 9, 10, J. de inut. stip. (III, 19). — « Pupillus « omne negotium recte gerit... Sed quod diximus de pupil- « lis, utique de his verum est, qui jam aliquem intellectum « habent : nam infans, et qui infanti proximus est... nullum « intellectum habent. *Sed in proximis infanti, propter uti-* « *litatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut* « *idem juris habeant quod pubertati proximi.* » (Ce texte, en partie conforme à celui de Gaius, III, § 107, 109, est en partie plus clair et plus précis, sans doute d'après un ancien jurisconsulte.) — L. 6, rem pupilli (XLVI, 6) « si (pupil- « lus) fari potest, etiamsi ejus ætatis erit, ut non intelligat « quid agat : tamen *propter utilitatem receptum est*, recte eum « stipulari et agere. » — L. 1, § 13, de O. et A. (XLIV, 7). « Huic (furioso) proximus est, qui ejus ætatis est, ut non- « dum intelligat quid agatur. Sed quod ad hunc, *benignius* « *acceptum est :* nam qui loqui potest, creditur et stipulari et « promittere recte posse. » — « *favorabiliter* eis præstatur. » L. 9, de adqu. vel om. her. (XXIX, 2).

dans de certaines limites. Elle commençait à la fin de l'*infantia*, et la signification pratique de l'*infantia* peut être ainsi définie : Ce sont les années qui s'écoulent avant que l'homme devienne capable d'agir tantôt seul, tantôt avec l'assistance de son tuteur (*b*).

Maintenant à quelle époque finit l'*infantia ? Infans* désigne littéralement celui qui ne parle pas ou plutôt qui ne parle pas encore, car on appelle *mutus* celui qui est privé de l'usage de la parole par un vice d'organisation (*c*). Il est certain que les Romains prenaient ce mot dans un sens étymologique, car ils emploient indifféremment *infans* et *qui fari non potest;* cela résulte surtout des passages où ces expressions sont rapprochées comme synonymes (*d*). Ainsi donc les seuls qui peuvent agir sont ceux qui peuvent parler. Mais cette définition est évidemment susceptible d'une

(*b*) L. 70, de V. O. (XLV, 1). — Mulier... fecerat... pro« mittere dotem... Infanti... placebat ex stipulatu actionem « non esse, quoniam qui fari non poterat stipulari non po« terat. » L. 141, § 2, eod. « Pupillus... ex quo fari cœperit, « recte stipulari potest. » — Voy. aussi L. 5, de R. J. (L. 17) et les textes cités note *a*.

(*c*) La L. 65, § 3, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1), distingue le *mutus* de l'*infans*, ou *qui fari non potest*.

(*d*) L. 70, de V. O. (XLV, 1), voy. note *b*. — L. 65, § 3, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1); L. 30, § 1, 2, 4, de fid. lib. (XL, 5); L. 1, C. ad Sc. Tert. (VI, 56).

double interprétation. En effet parler, dans la vie ordinaire, désigne les premiers sons articulés que font entendre les enfants à l'âge de deux ou trois ans; dans une acception plus haute, exprimer par des mots une suite d'idées, ce qui montre et prouve déjà un certain développement intellectuel. Ce dernier sens est celui adopté par les Romains; ce qui donne à l'*infantia* beaucoup plus d'extension que n'en donnerait le premier (*e*). La condition du *fari posse* a ses bases dans l'ancienne coutume romaine de revêtir les actes les plus importants des formes solennelles d'un dialogue (*f*). L'intention des Romains n'était pas d'avilir les actes juridiques en faisant répéter à un enfant, comme cela peut quelquefois se faire pour un imbécile, des mots qu'il n'aurait pas compris; l'enfant devait toujours comprendre le sens de ses paroles, c'est-à-dire parler avec discernement,

(*e*) Le premier sens du mot *Infantia* (restreint aux premières années de la vie) a été soutenu dans une dissertation de Unterholzner, Zeits. f. gesch. Rechtsw., vol. 1, n. III, p. 44-53. Cette opinion a été savamment réfutée dans les Heidelberger Jahrbücher. 1815, p. 664-683.

(*f*) Ainsi donc, *fari posse* désigne à la fois le développement qui s'annonce par l'usage intelligent de la parole et la capacité des affaires orales. Ces deux choses étant simultanées, *fari posse* s'appliquait également aux actes juridiques pour lesquels le discours n'était pas indispensable, tels que les contrats consensuels.

quand bien même il n'eût pas saisi le motif et le but de l'affaire, ses avantages et ses inconvénients. Ces considérations nous mènent à la distinction naturelle de trois états de l'intelligence : I. Compréhension du fond même de l'affaire. II. Ignorance de l'affaire, mais compréhension de sa forme, c'est-à-dire des paroles à prononcer (*g*).

(*g*) Cette distinction entre deux degrés de développement intellectuel, qui sert évidemment de base aux textes des jurisconsultes romains, eût été moins souvent méconnue si les Romains eussent eu pour les désigner une phraséologie précise et constante. Souvent, à la vérité, ils refusent à ceux qui ne sont pas encore *proximi pubertati* l'intelligence de l'acte juridique, c'est-à-dire la connaissance des affaires (par ex : L. 5, de R. J. « qui fari possunt, quamvis *actum rei* non intelligerent ; » de même L. 1, § 13, de O. et A. (note *a*), « nondum intelligat *quid agatur*, » et L. 9. de adqu. vel om. her. « ut *causam adquirendæ hereditatis* non intelligat); » tandis qu'ils leur accordent l'*intelligere* en général, c'est-à-dire la conscience de leurs actions (L. 14, de spons., transcrite plus bas dans le texte, n. IV). D'autres textes, au contraire, disent en termes généraux de cette espèce d'impubères : *nullum* intellectum habent (§ 10, J. de inut. stip., III, 19. Voy. note *a*). — Au reste, le second degré de développement intellectuel (le *actum* rei intelligere) est relatif, et varie suivant la capacité des individus et aussi d'après la nature de l'affaire. Un enfant, par exemple, sera beaucoup plus tôt en état de s'acheter un vêtement que de passer un contrat de société. — Ces principes peuvent se résumer ainsi : Après l'enfance, l'impubère a assez d'intelligence passive pour comprendre et pour s'approprier les intentions et

III. Absence de cette dernière compréhension, bien que l'enfant pût être capable d'articuler machinalement les paroles. Dans le premier cas (*impuberes* et *pubertati proximi*), la capacité d'agir s'implique naturellement; dans le second (*qui fari possunt*), cette capacité est admise pour faciliter les transactions; dans le troisième (*infantia*), la capacité n'existe d'aucune manière.

Avant de passer à la partie historique de mon sujet je rappellerai cette difficulté déjà mentionnée plus haut, que dans la vie réelle la faculté de la parole se développe toujours graduellement et d'une manière très-inégale chez les divers individus. Ici la pratique demandait une règle fixe et uniforme pour tous. Or les Romains connaissaient une ancienne doctrine de la philosophie grecque qui attribuait une vertu cachée au nombre sept, et une importance particulière aux périodes climatériques de la vie humaine. Cette doctrine répondait parfaitement aux besoins de la pratique, et voilà pourquoi on établit que l'enfance finirait à l'âge de sept ans accomplis, tandis qu'on aurait pu tout aussi bien prendre six ou sept ans (*h*). Cette fixation une fois admise,

les volontés du tuteur qui l'autorise. S'il est *proximus pubertati*, il faut alors lui reconnaître une intelligence plus active et plus de capacité pour comprendre et pour traiter les affaires.

(*h*) Il ne faudrait pas croire que l'ensemble des principes

confirme pleinement ce que j'ai dit plus haut, que les Romains prenaient le *fari posse* non dans son sens ordinaire, mais dans un sens plus élevé, car, peut-être, on n'a jamais trouvé un enfant qui n'ait pas commencé à parler avant l'âge de huit ans.

Pour justifier ces propositions, il s'agit de prouver que l'*infantia* embrassait précisément les sept premières années de la vie, et cette preuve résulte du témoignage unanime des jurisconsultes et des auteurs étrangers à la jurisprudence.

1° L. 1, § 2, de admin. (XXVI, 7), Ulpien exprime en ces termes le principe que le tuteur peut défendre en justice aux demandes formées contre son pupille :

« licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere judicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus judicium suscipiatur : ita tamen, ut pro his qui fari non possunt, vel absint, ipsi tutores judicium suscipiant : *pro his autem qui supra septimum annum ætatis sunt*, et præsto fuerint, auctoritatem præstent. »

sur l'*infantia* ait passé de la philosophie grecque dans le droit romain. Je parle seulement de la fixation d'un certain nombre d'années, et précisément du nombre sept. Les témoignages relatifs à l'ancienne doctrine philosophique sont recueillis d'une manière très-complète dans l'article critique déjà cité (note *e*), p. 669, sq.

Cela veut dire : le tuteur a le choix de soutenir lui-même le procès ou de laisser plaider son pupille, en lui donnant son *auctoritas*. Sans doute, si le pupille ne sait pas parler ou est absent, il faut nécessairement que le tuteur soutienne le procès; l'alternative dont parle Ulpien n'est possible que si le pupille a sept ans révolus, et s'il est présent. Ici donc *fari posse* est l'équivalent de : avoir sept ans accomplis, et après les derniers mots du texte : *auctoritatem præstent,* il faut sous-entendre *si velint,* qui ne seraient que la répétition des mots du commencement, *licentia erit* (*i*).

(*i*) Unterholzner (note *e*) voit dans ce texte la distinction de trois âges différents : 1° celui où les enfants ne parlent pas du tout; 2° depuis cet âge jusqu'à sept ans; 3° au delà de sept ans. Pendant la première période, le tuteur doit agir seul; pendant la seconde, il peut agir seul ou avec le concours de son pupille; pendant la troisième, ce concours est indispensable. D'abord ce système d'interprétation attribue à Ulpien une grande impropriété de langage, comme l'observe, p. 678, le critique déjà cité; mais voici pour le combattre des arguments décisifs. Parmi les propositions de Unterholzner, la plus importante est la troisième qui interdirait au tuteur de plaider seul pour son pupille âgé de sept ans. Or, cette proposition est évidemment fausse. Quant aux actions à intenter (le § 2 ne parle que de la défense à une action), le § 4 donne au tuteur le droit d'agir seul, sans aucune restriction. Le curateur d'un mineur (L. 1, cit., § 3, 4) a aussi la même faculté d'agir, soit en demandant, soit en défendant. Comment donc croire que jamais le curateur ait

2° L. 8, C. Th. de maternis bonis (VIII, 18). Quand une *hereditas* ou une *bonorum possessio* est déférée à un fils sous la puissance paternelle, pendant l'enfance le père doit prendre soin de la succession; après l'enfance, c'est-à-dire, après sept ans révolus, le fils lui-même, sans aucun égard à l'âge plus ou moins précoce où il aura commencé à parler:

«... infantis filii ætatem nostra auctoritate præscribimus, ut sive maturius, sive tardius, filius fandi sumat auspicia, intra septem annos ætatis ejus, pater...imploret...hac vero ætate finita, filius edicti beneficium petat, etc. »

Si nous n'avions que ce texte, on pourrait croire Arcadius auteur de la règle des sept ans; mais le rapprochement de tous les autres textes prouve que cette rédaction appartient au style législatif des empereurs de cette époque. Il ne faut pas non plus attacher trop d'importance aux mots *sive maturius, sive tardius,* qui sembleraient dire que certains jurisconsultes étaient d'avis de se régler d'après un examen individuel, et que l'empereur a voulu terminer cette controverse.

eu des droits plus étendus que le tuteur sur un impubère âgé de sept ans? Si, d'après ces motifs, on admet que ces mots de la fin du texte, *auctoritatem præstent,* comme ceux du commencement, *licentia erit,* laissent le choix au tuteur d'agir seul ou sans son pupille, Ulpien ne distingue pas trois âges, mais deux.

faut rejeter ces deux interprétations et entendre par *proximus* celui qui est très-près de l'une ou de l'autre époque; ainsi il y aurait entre ces deux points un intervalle plus considérable qui n'aurait pas de nom. La signification pratique de ces mots est sans doute qu'on doit supposer aux approches de la puberté une intelligence des affaires qui n'existe pas encore au sortir de l'enfance. La fixation du temps intermédiaire est abandonnée à la prudence du juge, qui sans doute devra prendre en considération le développement intellectuel de l'individu, si ce développement est très-précoce ou arriéré (*n*). Il y a donc un côté

(*n*) Cette signification pratique de *proximus infantiæ* et *pubertati* ressort évidemment des textes où l'âge est ainsi indiqué comme moyen de reconnaître, c'est-à-dire de présumer le développement de l'intelligence. § 10, J. de inut. stip. (III, 19): « infans et qui infanti proximus est... nullum « intellectum habent (note *a*). » — § 18 (*al.* 20), J. de oblig. ex del. (IV, 1) : « si proximus pubertati sit *et ob id intelligat* « se delinquere. » — L. 4, § 26, de doli exc. (XLI, 4): « doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse. » — Dirkseu adopte ce point de vue; mais Gensler suit une autre voie. Il pense que le partage du temps (d'après Accurse) est justifié, non par la lettre, mais par l'esprit du droit romain, et voici le sens qu'il lui donne. Pour le *infantiæ proximus*, le dol est impossible; la faute est possible, mais doit être prouvée. Le *pubertati proximus* est également capable du dol et de la faute, mais la faute seule se présume, le dol doit être prouvé. Quant aux présomptions, on peut

de vérité dans la seconde interprétation, seulement elle fait violence aux mots sans la moindre nécessité. Relativement aux actes juridiques par suite de la *benigna interpretatio*, mentionnée (note *a*), cette distinction a perdu toute importance pratique, et elle n'a plus d'effets qu'en matière de délits, comme on le verra au paragraphe suivant.

Pour l'application exacte des présomptions qui précèdent, on peut demander quelles sont les limites du *proximus*. Là-dessus, il n'y a pas de règle, et, pour en établir une qui ne fût pas arbitraire, mais basée sur un principe général, il faudrait dire que celui-là est *proximus* de l'un ou de l'autre terme, qui en est éloigné de moins d'une année. Ainsi, *proximus* désignerait l'intervalle de sept à huit ans, et de treize à quatorze ans, ou de onze à douze ans pour les femmes (*o*). Si les jurisconsultes romains ont négligé d'ajouter une délimitation semblable, cela tient au peu d'importance pratique conservée à cette distinction.

toujours opposer la preuve contraire. On imaginerait difficilement un système plus éloigné des idées romaines.

(*o*) Cette opinion a été soutenue anciennement, Cf. J. Gothofredus, l. c.

§ CVIII. — II. *Actes libres.* — *Empêchements :* A. *L'âge.* Infantes et qui fari possunt. (Suite.)

J'ai montré, dans le paragraphe précédent, les effets de la cessation de l'enfance; je vais faire l'application de ces règles aux divers rapports de droit, et je signalerai, en même temps, plusieurs exceptions remarquables.

Voici le principe fondamental. L'enfant est incapable de tout acte juridique. L'impubère, sorti de l'enfance, peut agir avec le consentement de son tuteur; et sans le consentement du tuteur, dans tous les cas où il n'y a ni préjudice, ni risque possible. Cette seconde partie du principe s'exprime ainsi : « Meliorem quidem suam condicionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore (*a*). »

(*a*) Pr. J. de auctor. (I, 21); L. 28, pr. de pactis (II, 14). La seconde moitié de cette règle ne se trouve pas dans le texte des Pandectes; elle se trouve dans les Institutes; néanmoins, elle manque aussi dans plusieurs manuscrits. La L. 10, de jur. et facti ignorantia (XXII, 6), renferme une application spéciale de cette seconde moitié de la règle : « Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur. » Ce texte, tel qu'il est inséré dans le Digeste, semble dire que l'impubère est incapable d'agir sciemment, ce qui exclurait toute responsabilité des fautes. Mais Papinien avait en vue

I. En matière d'*obligations*, le principe se montre dans toute sa force et dans toute sa pureté.

Ainsi l'impubère sorti de l'enfance peut, sans son tuteur, stipuler valablement, mais non pas promettre (*b*).

Tel est le principe qui régit les contrats unilatéraux; mais s'il s'agit d'un contrat bilatéral, où la perte et le gain se trouvent mêlés, tel que la vente ou le louage, le contrat oblige l'autre partie, mais non pas l'impubère; de sorte que le tuteur peut, à son gré, ratifier ou annuler le contrat (*c*).

Ces règles souffrent naturellement exception pour l'impubère soumis à la puissance paternelle, car il ne peut contracter aucune espèce de dettes (*d*). En effet, si, pour le *proximus puber-*

la perte encourue par celui qui laisse passer le délai de la *bonorum possessio*. En effet, ce texte, d'après son inscription, se rattache à la L. 2, de successorio ed. (XXXVIII, 9), où il n'est pas question d'un impubère, mais d'un mineur qui a accepté la *bonorum possessio*, et se fait ensuite restituer.

(*b*) Pr. J. de auctor. (I, 21); § 9, J. de inut. stip. (III, 19); (Gaius, III, § 107); L. 9, pr. de auctor. (XXVI, 8); L. 8, pr. de adqu. her. (XXIX, 2); L. 41, de cond. ind. (XII, 6); L. 1, C. de inut. stip. (VIII, 39).

(*c*) Pr. J. de auctor. (I, 21); L. 5, § 1, de auctor. (XXVI, 8); L. 13, § 29, de act. emti (XIX, 1).

(*d*) § 10, J., de inut. stip. (III, 19); L. 141, § 2, de V. O.

tati paterfamilias, la faculté de contracter des dettes ne repose pas comme pour l'impubère plus jeune sur la *benigna interpretatio* (§ 107, *a*), mais sur l'institution artificielle de l'*auctoritas*, l'*auctoritas* n'a été établie que pour les besoins urgents d'un impubère ayant des biens en propre (§ 107). Le *filiusfamilias* ne pouvant en posséder, ce besoin n'existait pas, et il était inutile de donner au père un pouvoir semblable à la *tutoris auctoritas*, dont le seul effet eût été de permettre au fils de s'endetter.

II. Les *obligations résultant des délits* sont soumises à d'autres règles. Les délits ne sont pas comme les contrats, une nécessité pour les transactions sociales, mais une cause de trouble; aussi on ne leur applique ni la *benigna interpretatio*, ni le principe de l'*auctoritas*, dont le seul objet est de faciliter les actes licites. Si l'on s'en fût tenu rigoureusement à cette doctrine, il y

(XLV, 1). — Ce principe se rapporte uniquement à l'ancien droit, et non aux pécules du nouveau droit romain. En général, l'impubère ne peut encore avoir de pécule *castrense*. Quant au pécule dit *adventitium*, à l'époque où il fut introduit, l'usage et le besoin de l'*auctoritas* étaient devenus si rares, qu'on jugea inutile de faire, pour ce cas, des dispositions spéciales. Relativement au pécule dit *extraordinarium*, le fils impubère ne recevait pas de tuteur, mais un curateur, qui dès lors était incapable de l'*auctoritas*. L. 8, § 1, C. de bon. quæ lib. (VI, 61).

eût eu une grande injustice commise envers la personne lésée par les délits d'un impubère; car elle n'aurait eu aucun recours possible. C'est pourquoi on a établi, dans ce cas, la règle suivante : si l'impubère commet un délit sans discernement, il n'encourt aucune responsabilité; mais dès qu'il agit avec discernement, il devient responsable de ses actes; et ainsi les obligations de cette espèce sont en un sens plus difficiles, et en un sens plus faciles à engendrer que les obligations contractuelles. L'impubère est présumé capable de discernement quand il est *proximus pubertati*, et voici le seul cas où cette distinction ait encore une influence pratique (*e*); mais cette présomption n'exclut pas l'appréciation des circonstances particulières. Ainsi l'on devra prendre en considération le développement intellectuel de l'impubère, et, en outre, la nature même du délit. Ainsi, par exemple, un enfant de douze ans comprendra aisément qu'il fait mal en volant de l'argent; mais il peut fort bien ne pas comprendre qu'on le fasse servir d'ins-

(*e*) Parmi les textes qui parlent de la condition de l'imputation, les uns portent *proximus pubertati*, les autres, *doli* ou *culpæ capax*, et la manière dont ils emploient ces expressions prouve qu'elles sont synonymes. Cela se voit surtout dans les textes où ces deux conditions sont unies par un lien de causalité. Cf. § 107, *n*.

trument à une fraude habilement préparée (*f*). On ne doit pas, néanmoins, établir une distinction absolue entre les délits où il y a faute, et ceux où il y a vol, et regarder l'impubère comme plutôt capable de discernement pour les uns que pour les autres (*g*). — Les conséquences rigoureuses de ce principe s'appliquent à beaucoup de délits (*h*).—Les mêmes principes

(*f*) L. 13, § 1; L. 14, de dolo (IV, 3). Le premier texte dit que l'*actio doli* peut aussi être intentée contre le *proximus pubertati*. Le second texte développe cette pensée en ces termes: « « Quid enim si impetraverit a procuratore petitoris ut absolveretur... vel alia similia admisit, *quæ non magnam machinationem exigunt?* » La même idée est reproduite plus clairement encore au sujet de l'imputation de divers délits publics, dont je parlerai tout à l'heure (note *k*).

(*g*) Gensler (§ 107, *n*) établit cette distinction, sans doute parce que le *proximus pubertati* est nommé à l'occasion de plusieurs délits accompagnés de dol, et non à l'occasion de délits accompagnés de faute, d'ailleurs beaucoup plus rares; par ex.: L. 5, § 2, ad L. aquil. (IX, 2); L. 23, de furtis (XLVII, 2). Mais les textes où l'on parle seulement du *doli capax* sont aussi nombreux que ceux où l'on parle seulement du *culpæ capax*, et même la L. 23, cit., s'exprime sur l'un et sur l'autre absolument dans les mêmes termes. — Dans la réalité des choses, un vol sera beaucoup plutôt imputable à un enfant qu'une imprudence de nature à entraîner contre un homme fait l'*actio legis Aquiliæ*.

(*h*) Ainsi, pour le *furtum*, *damnum injuria datum*, et l'*injuria*. § 18 (*al.* 20), J. de oblig. ex del. (IV, 1); L. 23, de furtis (XLVII, 2); L. 5, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2); L. 111,

s'étendent aussi à des obligations qui primitivement ne sont pas nées d'un délit, mais d'un contrat, etc., quand elles donnent lieu à une action de dol (*i*).—Ces mêmes principes régissent, en outre, la poursuite des délits publics; et là surtout, pour apprécier la culpabilité, on devra avoir égard à la nature du délit plus ou moins simple, plus ou moins évidente (*k*).

III. Quant à l'*extinction des obligations*, l'application du principe est fort simple, et n'offre pas de difficultés. L'impubère peut souscrire un

pr., de R. J. (L. 17); L. 3, § 1, de injur. (XLVII, 10); — pour le *vi bonorum raptorum*, L. 2, § 19, vi bon. rapt. (XLVII, 8); — pour le *sepulchrum violatum*, L. 3, § 1, de sep. viol. (XLVII, 12); — pour le *dolus*, L. 13, § 1; L. 14, de dolo (IV, 3); L. 4, § 26, de doli except. (XLIV, 4).

(*i*) L. 1, § 15, depos. (XVI, 3); L. 46, de O. et A. (XLIV, 7); L. 3, § 2, de tribut. (XIV, 4).

(*k*) Ainsi le *falsum* est difficilement imputable à un impubère (L. 22, pr., ad L. Corn. de falsis, XLVIII, 10). Celui qui connaît, sans la dénoncer, une fabrique de fausse monnaie est puni, mais non pas l'impubère, parce qu'il ne comprend pas le crime (L. 1, C. de falsa mon., IX, 24). On peut aussi consulter avec fruit la décision intelligente d'une espèce, L. 14, de sc. Silan. (XXIX, 5). — Déjà la loi des XII Tables disposait que, pour le *furtum manifestum* et le dommage fait aux moissons, l'impubère serait fouetté, *prætoris arbitratu*. Ce pouvoir discrétionnaire portait moins sur la fixation de la peine que sur l'imputabilité en général. Cf. Dirksen, Zwölf Tafeln, p. 45, 577, et Rhein. Museum, vol. I, p. 325.

acte de libération seul, s'il est débiteur; avec l'autorisation du tuteur, s'il est créancier (*l*). — Comme le payement procure libération, l'impubère pourrait le faire seul; mais l'autorisation du tuteur est nécessaire, parce qu'il y a aliénation d'une somme d'argent. La réception d'un payement offre la même combinaison : d'un côté, il y a acquisition de la somme, et de l'autre, perte de la créance (*m*).

IV. Un *procès*, à soutenir ou à intenter, est toujours chose dangereuse, à cause de l'incertitude du résultat, aussi l'impubère ne peut-il jamais plaider sans l'autorisation de son tuteur (*n*).

V. L'impubère seul a capacité pour faire une *acquisition*, car, par là, il ne peut que s'enrichir; mais il ne peut rien *aliéner* sans son tuteur, car ainsi il diminue ses biens (*o*). — Le concours

(*l*) L. 28 pr., de pactis (II, 14).

(*m*) § 2, J. quib. alienare (II, 8); L. 9, § 2, de auctor. (XXVI, 8); L. 14, § 8, L. 15, de solut. (XLVI, 3).

(*n*) L. 1, § 2, 4, de admin. (XXVI, 7); Cf. § 107, num. 1.

(*o*) § 2, J. quib. alienare (II, 8); L. 9 pr., § 2, de auctor. (XXVI, 8); L. 11, de adquir. rer. dom. (XLI, 1). — La première moitié de cette règle trouve rarement son application pure et simple; car si l'acquisition résulte d'un acte solennel, de la mancipation par exemple, l'impubère ne pouvant jamais agir sans son tuteur, la perte ou le gain sont ici sans influence. Si l'acquisition résulte de la possession, de la tradition par exemple, alors s'appliquent, sauf quelques modi-

du tuteur était nommément indispensable pour l'affranchissement des esclaves (*p*).

VI. L'impubère peut se *fiancer* seul (*q*), et voici comment cela s'explique : s'il est soumis à la puissance paternelle, il doit indispensablement, abstraction faite de son âge, obtenir le consentement de son père; s'il est *sui juris* l'autorisation du tuteur ne saurait être ici d'aucun secours, car elle se rapporte uniquement aux biens qui n'ont rien de commun avec les fiançailles. On pourrait donc croire, d'après l'analogie des obligations, que les fiançailles sont tout à fait interdites à l'impubère; si, néanmoins, l'impubère peut les contracter, et même sans l'assistance du tuteur, cela tient au peu de danger d'un semblable engagement, que la volonté d'une seule des parties était toujours libre de rompre; il y avait, néanmoins, le danger que l'impubère contractât de nouvelles fiançailles avant d'avoir rompu les premières, et n'encourût ainsi l'infamie (§ 77, IV).

Dans tous les cas précédents, les délits exceptés, nous avons vu l'application pure du principe; nous allons voir maintenant la capacité de

fications, les règles sur l'acquisition de la possession. Voy. plus bas, num. VIII.

(*p*) L. 24, de manum. vind. (XL, 2); L. 30, § 1, 2, 3, 4, de fid. lib. (XL, 5); L. 9, § 1, de auctor. (XXVI, 8).

(*q*) L. 14, de sponsal. (XXIII, 1); Cf. § 107, num. 4.

l'impubère recevoir certaines extensions par suite de difficultés particulières.

VII. *Adition d'hérédité.* Cet acte implique toujours l'acceptation des obligations, et dès lors l'impubère ne peut jamais le faire seul; mais, à partir de sa huitième année, il peut, avec l'autorisation du tuteur, accepter une succession, quand bien même son jeune âge ou son défaut de développement intellectuel ne lui permettrait pas d'apprécier l'importance de cet acte (*r*). Jusqu'ici nous ne voyons qu'une simple application du principe. Mais cela était loin de répondre à tous les besoins de la pratique; l'adition d'hérédité se distingue des autres manières d'acquérir comme un acte essentiellement personnel. Ainsi l'esclave ne pouvait jamais acquérir pour son maître une succession déférée à celui-ci, bien que le maître profitât des mancipations et des stipulations de l'esclave. Ainsi encore on ne put jamais faire adition d'hérédité par l'intermédiaire

(*r*) § 1, J. de auctor. (I, 21); L. 9, L. 8 pr., de adqu. her. (XXIX, 2); L. 9, § 3, 4, de auctor. (XXVI, 8); L. 1, C. ad Sc. Tert. (VI, 56): « Licet liberi... ita demum *per se* heredes existant, si fari possint, » rel. Ici, *per se* ne veut pas dire *seuls*, car les impubères plus âgés ne le pouvaient pas davantage; mais il exprime l'idée de leur concours. Ces mots ont probablement été ajoutés pour mettre les textes en harmonie avec les facilités accordées par la suite et rapportées dans le reste du titre.

des personnes libres, alors même que cela fût permis pour beaucoup d'autres modes d'acquérir. Si donc l'héritier institué n'était pas sorti de l'enfance, ni le tuteur agissant personnellement, ni un esclave ne pouvaient lui venir en aide, et cette espèce d'acquisition, la plus importante de toutes, se fût trouvée interdite aux enfants uniquement pour l'honneur des formes. — La même difficulté existait pour les *infantes* encore soumis à la puissance paternelle. Ce cas devait se présenter rarement dans l'ancien droit, mais, depuis le *Sc. Orphitianum* et les nouvelles lois des empereurs, il dut être plus fréquent (*s*). Comment agir en pareilles circonstances?

Paul indique un expédient fourni par les considérations suivantes. L'adition d'hérédité pouvait en général se faire au moyen d'une formule orale (*cernendo* ou *nuda voluntate*), ou par des actes d'héritier (*gerendo*) (*t*). La formule orale est impossible à celui *qui fari non potest*, mais le tuteur peut laisser l'enfant faire acte d'héritier, et

(*s*) Jamais un *filiusfamilias* ne pouvait hériter comme agnat, car son père était toujours d'un degré plus proche parent que lui du défunt. Sans doute il pouvait hériter en vertu d'un testament; mais d'abord il est rare qu'un étranger institue pour héritier un enfant, et d'ailleurs, sous l'empire de la puissance paternelle, il était plus simple d'instituer le père immédiatement.

(*t*) Gaius, II, § 167.

donner ensuite son approbation (*u*). Ici Paul se voit contraint d'admettre exceptionnellement l'*auctoritas* pendant la durée de l'*infantia ;* pour cela, il s'appuie sur le sens littéral d'*infans*, feignant d'oublier que si l'*auctoritas* est toujours refusée à l'*infans,* ce n'est pas seulement à cause de son impuissance de parler, mais aussi du défaut complet d'*intellectus* (*v*).

Dans la suite, on leva la difficulté d'une manière plus péremptoire et moins subtile. Les lois

(*u*) L. 65, § 3, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1). « sive enim heres « institutus esset, non dubie *pro herede, tutore auctore, ge-* « *rere posse videtur.* » Il s'agit ici de recueillir une succession fidéicommissaire, et le jurisconsulte, examinant le cas où il faudrait forcer l'héritier institué à faire adition, résout cette difficulté par analogie de l'*hereditas.* — La *bonorum possessio,* comme institution prétorienne, était traitée avec beaucoup plus de liberté, et l'on procédait plus simplement. Le père réclamait la *bon. poss.* pour son fils, le tuteur pour l'impubère, l'un et l'autre sans le concours personnel de l'appelé à la *bonorum possessio.* L. 7, § 1 ; L. 8; L. 11, de B. P. (XXXVII, 1); L. 3, C. qui admitti (VI, 9). — Sur la succession fidéicommissaire, soit à recueillir, soit à restituer par un impubère, indépendamment de la loi déjà citée, L. 65, § 3, ad Sc. Treb., voy. L. 37, § 1, eod., et L. 7, pr. C. eod. (VI, 49).

(*v*) Si l'expédient imaginé par Paul eût exprimé un principe fondamental, on aurait dû admettre l'*auctoritas* pour les contrats consensuels de l'*infans;* mais on ne l'a jamais essayé, évidemment parce qu'il n'y avait là aucun besoin pratique.

des empereurs décidèrent que si une succession était déférée à un enfant, elle lui serait acquise par son tuteur ou par son père, s'il était soumis à la puissance paternelle, sans aucun acte personnel de sa part (*w*). C'était encore s'écarter des anciennes formes du droit, mais sur un autre point. Au lieu d'admettre, avec Paul, l'*auctoritas* pendant la durée de l'enfance, on fit fléchir la règle que l'héritier institué doit faire adition en personne. Dès lors l'ancien expédient se trouva inutile, et, s'il en est parlé au Digeste, c'est comme renseignement historique.

VIII. *Acquisition de la possession.* A ne consulter que l'analogie, nous devrions avoir les résultats suivants. L'impubère pourrait acquérir seul la possession, comme pur bénéfice, mais il lui faudrait, pour y renoncer, le consentement de son tuteur, car si la possession n'est pas un droit par elle-même, de grands avantages juridiques s'y trouvent attachés. Cette dernière proposition a été pleinement adoptée par le droit romain (*x*).

(*w*) L. 8, C. Th. de bonis mat. (VIII, 18); L. 18, pr., § 2, 4, C. de J. delib. (VI, 30). — Cette innovation n'avait pas un grand intérêt pour la pratique; car, dans tous les cas d'une semblable *hereditas*, l'acquisition des biens était toujours possible au moyen de la *bonorum possessio* (note *u*).

(*x*) L. 11, de adqu. rer. dom. (XLI, 1). « Pupillus, quantum ad adquirendum, non indiget tutoris auctoritate : alie-

Il n'en est pas de même de la première. Ici l'acquisition de la possession rencontrait plus de difficultés que celles des rapports de droit selon les formes rigoureuses de l'ancien droit. Sans doute on ne conteste pas que la possession s'acquière avec l'autorisation du tuteur (*y*); mais si le pupille agit seul, il n'acquiert la possession que s'il a lui-même la connaissance de l'affaire (*rei intellectum*); à défaut de cette condition, il n'acquiert pas, et la *benigna interpretatio* introduite pour faciliter l'acquisition des droits proprement dits (§ 107, *a*), ne lui est ici d'aucun secours (*z*), car la possession est de son essence

« nare vero nullam rem potest, nisi præsente tutore auctore, « *et ne quidem possessionem quæ est naturalis*, » rel. Sans doute l'impubère peut *perdre* la possession seul, c'est-à-dire *corpore*. L. 29, de adqu. poss. (XLI, 2). Mais ce n'est pas là *aliéner*, c'est-à-dire perdre volontairement, faire un acte qui, indépendamment de la perte de la possession, présente le caractère de la succession. Cf. Savigny, Recht des Besitzes, 6[e] éd., p. 418, 419.

(*y*) L. 1, § 3, 11, de adqu. poss. (XLI, 2); L. 4, § 2, de usurp. (XLI, 3).

(*z*) L. 1, § 3, de adqu. poss. (XLI, 2). « ..... Ofilius quidem « et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere in- « cipere posse pupillum aiunt : *eam enim rem facti, non ju-* « *ris esse :* quæ sententia recipi potest, *si ejus ætatis sint, ut* « *intellectum capiant.* » Il s'agit ici du « *rei* intellectus, » l'intelligence de l'affaire. Cela résulte du rapprochement des textes cités (§ 107, *g*), dont les termes sont plus précis, et

un rapport de fait, et sa condition indispensable, l'*animus possidendi*, manquerait ici complétement. Le cas de l'*auctoritas* ne soulève pas cette difficulté, puisque le pupille et le tuteur ne forment alors qu'un seul individu, et l'intelligence que le tuteur a de l'affaire est censée appartenir au pupille. — Si, sous ce rapport, l'acquisition de la possession devient pour l'impubère plus difficile que celle des droits proprement dits, sous un autre rapport elle est rendue plus facile. L'*auctoritas* interdite pendant la durée

de la L. 26, C. de don. (VIII, 54) : « aut habeat *rei, quæ sibi* « *donatur, adfectum.* » La même idée se retrouve dans la L. 4, § 2, de usurp. (XLI, 3). « Pupillus... si non tutore auc- « tore possideat, *et animum possidendi habeat*, dicemus « posse eum usucapere, » c'est-à-dire si, d'après son développement intellectuel, il est capable d'avoir pour la chose dont il s'agit un véritable *animus possidendi.* — Ici comme ailleurs (§ 107, n. *g*), pour apprécier l'*intellectus*, il faut avoir égard à la nature de l'objet. Ainsi le même impubère, incapable d'acquérir la possession d'un immeuble, pourra très-bien acquérir celle d'un vêtement ou d'une pièce de monnaie. — Les textes que je viens de citer servent à en expliquer d'autres moins précis. L. 1, § 11, de adqu. poss. (XLI, 2). « ..... pupillus, *maxime tutore auctore*, adquirit « possessionem. » (*Maxime*, c'est-à-dire absolument; sans son tuteur, pas toujours). L. 32, § 2, eod. « Pupillus tamen « etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci po- « test, » (c'est-à-dire si son intelligence est suffisamment developpée). Ainsi s'explique encore la L. 9, pr. de auctor. (XXVI, 8).

de l'enfance, est permise pour ce cas particulier, par exception à la règle, et dans l'intérêt des transactions sociales (*utilitatis causa*) (*aa*). Voici comment s'explique cette dérogation spéciale à la règle. Autrefois, nul ne pouvant acquérir de droits par l'intermédiaire des personnes libres, le pupille ne le pouvait pas davantage par l'intermédiaire de son tuteur. La possession surtout, dont l'établissement tient plus du fait que du droit, exige impérieusement la volonté de celui qui acquiert, et cette volonté n'existe pas là où le tuteur veut seul. Ainsi, dans l'ancien droit, le tuteur ne pouvait pas plus acquérir la possession pour son pupille que la propriété ou les obliga-

(*aa*) L. 32, § 2, de adqu. poss. (XLI, 2). « Infans possidere « recte potest, si tutore auctore cœpit, nam judicium infan- « tis suppletur auctoritate tutoris : *utilitatis enim causa hoc* « *receptum est* » rel. — V. Savigny, Recht des Besitzes, 6e éd., p. 285. — Par *utilitas*, il ne faut pas entendre qu'on ait voulu favoriser les spéculations personnelles des enfants. Le but était de donner la perfection juridique aux acquisitions résultant des actes, soit du tuteur, soit de l'auteur du pupille. On jugera de l'importance de ce but par un exemple très-simple et d'une application fréquente. Si un citoyen mourait laissant un fils au-dessous de sept ans comme *suus heres*, celui-ci acquérait immédiatement *ipso jure* tous les biens du père; mais leur possession, et par conséquent la protection des interdits, il ne pouvait l'acquérir qu'au moyen de cette anomalie, la *tutoris auctoritas*. (Cf. Savigny, Recht des Besitzes, § 28).

tions. S'il s'agissait d'un droit proprement dit, on prenait un esclave comme intermédiaire, car chaque esclave du pupille, par la mancipation ou la stipulation, rendait son maître propriétaire ou créancier. Ce moyen purement juridique était inapplicable à la possession, qui demandait le fait de la volonté uni à la domination corporelle (*corpore et animo*); aussi l'esclave pouvait, de son propre mouvement, acquérir la propriété au pupille en vertu de la mancipation, mais, pour la possession, il fallait que le pupille lui en eût donné l'ordre (*b b*). Or l'*auctoritas* étant interdite pendant la durée de l'enfance, la possession n'aurait jamais pu être acquise à un enfant. Il fallait remédier à un inconvénient aussi sensible, et tel est le besoin, l'*utilitas*, qui détermina les Romains à admettre, par exception spéciale, l'*auctoritas* en matière de possession, comme com-

(*bb*) Chacun acquerait la propriete par l'intermédiaire de son esclave, même à son insu, même sans le vouloir. La possession, au contraire, ne s'acquérait par un esclave que si le maître avait l'*animus possidendi,* ou bien, ce qui est hors de notre sujet, *peculiariter*, c'est-à-dire si l'acquisition n'est que l'extension d'un pécule déjà autorisé. L. 1, § 5, de adqu. poss. (XLI, 2). Conséquemment l'impubère ne pouvait acquérir la possession par son esclave que dans deux cas : 1° s'il avait donné un ordre à ce sujet, *tutore auctore* (L. 1, § 11, eod.); 2° *peculiariter,* et cela s'appliquait de soi-même pendant l'*infantia* de l'impubère (L. 32, § 2, in f. eod.)

plément des actes de l'enfant. Cela ne rencontrait d'ailleurs aucune difficulté dans la forme, car, pour l'acquisition de la possession, et la *pro herede gestio*, il n'y avait pas de formule orale qui eût rendu indispensable la condition du *fari posse* (notes *u*, *v*).

Dans la suite, on eut recours à un moyen plus simple et plus efficace. On permit au tuteur d'acquérir par ses propres actes la possession à son pupille (*cc*), fermant ainsi les yeux sur le défaut d'*animus possidendi* dans la personne du possesseur. Dès lors le mode anomal d'acquérir *tutore auctore* perdit toute importance, et ne conserva plus qu'un intérêt historique. Sans cela, il eût tenu plus de place dans la législation justinienne que dans l'ancien droit, car la tradition, qui a nécessairement sa base dans l'acquisition de la possession, est devenue le seul moyen d'aliéner la propriété.

J'ai dit, au commencement de ce paragraphe, que l'impubère est incapable de faire seul les actes qui peuvent lui causer un préjudice. Cette règle frappe de nullité tout acte portant ce caractère passé sans l'autorisation du tuteur, comme l'emprunt, la vente, l'abandon d'une créance, etc.

(*cc*) L. 1, § 20, de adqu. poss. (XLI, 2); L. 13, § 1, de adqu. rer. dom. (XLI, 1); L. 11, § 6, de pign. act. (XIII, 7). Cf. Savigny, Recht des Besitzes, 6[e] éd., p. 367.



Néanmoins, cette nullité est toujours susceptible d'une restriction. En effet, elle a pour but de garantir l'impubère contre un préjudice, mais non de l'enrichir. Si donc, par suite de ces actes, l'impubère se trouve avoir un bénéfice, ce bénéfice doit être restitué ou entrer en ligne de compte. Cette règle s'applique également aux actes juridiques et aux délits. Quand, par exemple, un impubère reçoit un payement, le débiteur n'est pas libéré (num. III); mais si une partie de la somme se retrouve entre les mains de l'impubère, elle vient en déduction de la créance (*dd*). De même, quand un impubère commet un délit à un âge où il est encore incapable de dol, tout ce qui se trouve dans ses biens par suite de ce délit est soumis à restitution (*ee*).

§ CIX. — II. *Actes libres.* — *Empêchements.* A. *Age.* — Impuberes *et* puberes.

Avec la puberté ou âge nubile, commence, d'après l'ancien droit, l'exercice le plus complet de la capacité d'agir (§ 106). Cette capacité se manifeste sous trois aspects importants. D'abord le pubère dispose de ses biens pour le présent, ce

(*dd*) L. 5, pr. de auctor. (XXVI, 8); L. 4, § 4, de doli exc. (XLIV, 4); L. 15; L. 47, pr., § 1; L. 66 de solut. (XLVI, 3).

(*ee*) L. 1, § 15, depositi (XVI, 3); L. 13, § 1, de dolo (IV, 3); L. 4, § 26, de doli exc. (XLIV, 4).

qui implique la cessation de la tutelle; ensuite il en dispose après sa mort, car désormais il peut faire un testament; enfin il est habile à contracter mariage. Le droit justinien attache incontestablement ces trois effets principaux à la puberté, et il ajoute que la puberté commence pour tous à l'expiration de la quatorzième ou de la douzième année, sans aucun égard aux circonstances particulières des individus (*a*). Auparavant, l'uniformité de cette règle était contestée par plusieurs, notamment pour l'âge de quatorze ans chez les hommes. Maintenant on demande et il s'agit d'examiner si cette controverse avait pour objet tous les effets de la puberté, ou seulement l'un d'eux, ensuite si elle s'étendait à l'âge de douze ans chez les femmes. Quant à ce dernier point, j'observerai tout d'abord qu'aucun témoignage de l'antiquité ne nous autorise à croire qu'il ait été jamais mis en question.

I. Je commence par examiner le premier et le plus important de ces effets, la libre disposition des biens, ce qui équivaut à la cessation de la tutelle. On peut aussi regarder cet effet comme la capacité générale d'agir, par opposition aux deux autres, dont chacun n'a pour objet qu'un acte déterminé.

(*a*) Cf. A. G. Cramer, progr. de pubertatis termine. Kiliæ, 1804. Rudorff, Recht der Vormundschaft, vol. III, § 202.

Justinien nous dit, en parlant du sexe masculin, que les anciens, indépendamment de l'âge, examinaient la nubilité des individus; qu'il interdit un semblable examen comme contraire à la pudeur de son siècle, et qu'ainsi, pour tous les individus sans distinction, la puberté commence à l'expiration de la quatorzième année (*b*). Gaius et Ulpien nous donnent des détails sur les anciennes opinions. Les Sabiniens exigeaient la nubilité individuelle, qui dès lors devait être constatée; les Proculéiens fixaient l'âge de quatorze ans; (Javolenus) Priscus pensait qu'il fallait réunir les deux conditions, l'âge et la nubilité individuelle soumise à examen (*c*). Cette troisième opinion ne fait que compléter celle des Sabiniens, car Priscus exprime seulement leur pensée véritable, que l'examen individuel ne doit avoir lieu qu'après quatorze ans révolus, et qu'ainsi la durée de l'enfance ne peut jamais se trouver abrégée, mais

(*b*) Pr. J. quib. mod. tut. (I, 22); L. 3, C. quando tutores (V, 60). Le texte des Institutes a plus de développement que celui du Code.

(*c*) Gaius, I, § 196; Ulpian., XI, § 28. Le texte de Gaius présente plus de lacunes que celui d'Ulpien, où toute la partie relative au sexe masculin est complète. On ne remarque aucune différence dans l'exposé des deux jurisconsultes. — Schilling, Institutionen, vol. II, § 35, note *m*, rejette la leçon des manuscrits *Priscus*, et il corrige ainsi le texte : *plerisque visum est.*

seulement prolongée. — Quel était l'état des choses antérieurement à cette controverse? Quelle influence a-t-elle exercée sur la pratique?

On parle d'une ancienne fixation de l'enfance d'après une vieille croyance religieuse des Romains. La nature avait marqué cent vingt ans comme terme de la vie humaine, le destin le réduisit à quatre-vingt-dix ans, ce qui partage la vie en trois périodes égales, chacune de trente années; la moitié de la première (quinze ans) forme la durée de l'enfance (*d*). — Nous avons encore une autre fixation purement pratique: elle se rapporte à la constitution militaire du roi Servius; ici l'enfance dure jusqu'à dix-sept ans, âge où commence l'obligation de servir (*e*). Je n'ai pas à examiner jusqu'à quel point, en supposant des expressions inexactes et des erreurs

(*d*) Censorinus, de die natali, C. 14 (d'après Varron). Servius ad Virgil. Æn. IV, 653.

(*e*) Gellius, X, 28. « C. Tubero in historiarum primo scripsit, Servium Tullium... pueros esse existimasse, *qui minores essent* annis XVII, atque inde ab anno XVII... milites scripsisse. » — Livius, XXII, 57 (*a.* 538). « juniores ab annis XVII, *et quosdam prætextatos* scribunt. » Voici, suivant moi, l'explication naturelle de ce passage: La levée comprit (après la bataille de Cannes) tous les *juniores*, c'est-à-dire tous ceux qui avaient plus de dix-sept ans; c'était l'âge fixé régulièrement pour le service militaire, et cette fois, en outre, des citoyens qui n'avaient pas dix-sept ans, et qui dès lors étaient encore *prætextati*.

historiques, cette seconde fixation peut se ramener à la première (*f*). D'après une conjecture proposée récemment, cette délimitation militaire et politique de l'enfance, quelle qu'elle fût d'ailleurs, quinze, seize ou dix-sept ans, marquait aussi l'époque à laquelle commençait en droit privé la capacité d'agir. Cela est possible, naturel, et dès lors vraisemblable; mais nous n'avons là-dessus aucun témoignage, et surtout nous ne devons pas oublier que ce serait là introduire un principe tout nouveau dans l'ancien droit privé. En effet, la puberté et l'aptitude au service militaire présentent deux ordres d'idées très-différents, et dans la réalité peuvent se trouver séparés, car une grande faiblesse corporelle s'allie très-bien à une puberté précoce. Partout, sans exception, nous voyons que l'on rattache la capacité d'agir à la puberté; la difficulté consiste seulement à en déterminer les limites, et non

(*f*) Niebuhr, R. Gesch., vol. I, page 492, 3ᵉ éd., entend dans le passage de Tubero (note *e*) ceux qui n'étaient pas encore dans leur dix-septième année, explication contraire à la lettre du texte, et il ajoute que Tubero se trompe encore d'un an, puisque d'après Varron l'enfance finissait au commencement de la seizième année. Mais je ne vois aucune nécessité pour identifier l'ancienne doctrine mentionnée par Varron et Servius, avec l'organisation pratique du service militaire. Au reste, le passage de Tite-Live est encore plus que celui de Tubero susceptible de diverses explications.

pas à rechercher comme point de départ un principe très-différent de la puberté elle-même.

Ainsi donc la question que je traite est celle de savoir comment était fixée l'époque de la puberté avant que cette fixation devînt pour les écoles un sujet de controverse; et je m'abstiens d'examiner si, antérieurement aux temps historiques, la capacité d'agir en droit privé se rattachait à un principe tout autre que la puberté.

Quand on recherche comment était fixée primitivement l'époque de la puberté, il est nécessaire de rappeler une coutume très-ancienne des Romains, qui a évidemment rapport à cet objet. Les enfants se distinguaient des jeunes gens et des hommes par un signe visible, le vêtement; ils portaient une robe bordée de pourpre (*prætexta*), tandis que la *toga virilis* était unie. La prise de la robe virile se faisait publiquement; c'était un acte solennel, une manifestation ostensible que l'enfant était devenu jeune homme. Mais l'âge où se faisait cette cérémonie n'était pas le même pour tous. D'abord, elle n'avait ordinairement lieu qu'une fois chaque année, le 17 mars ou le jour de la fête des *liberalia* (*g*); et

(*g*) Ovid. Fasti, III, v. 771-788.—Sans doute cela n'empêchait pas de choisir quelquefois un autre jour. D'après ces cas exceptionnels, Noris, cenotaphia Pisana, Diss. 2, C. 4, p. 113, nie l'existence de la règle, et il interprète le passage d'Ovide dans ce sens que les enfants auraient porté

ainsi, quand l'âge eut été fixé invariablement, il pouvait y avoir entre les différents individus une différence de presque une année. Sans doute il fallait avoir, pour prendre la robe virile, quatorze ans accomplis; ainsi la cérémonie se faisait aux *liberalia* suivantes, c'est-à-dire pendant le cours de la quinzième année (*h*). Néanmoins, ce n'était pas là une règle absolue; souvent on choisissait une autre époque; ce choix pouvait sans doute dépendre du développement intellectuel et phy-

une robe blanche le jour seul des *liberalia*. Cette explication se trouve contredite par les v. 777-778 : « Sive, quod « es liber, vestis quoque libera per te sumitur, *et vitæ li-* « *berioris iter.* »

(*h*) Schol. in Juvenalem, X, 99, p. 605, ed. Cramer : « Prætexta genus erat togæ, qua utebantur pueri, adhuc sub « disciplina, *usque ad XV annum :* deinde togam virilem « accipiebant. » Ces mots : *usque ad XV annum*, à moins qu'ils ne soient employés d'une manière impropre, veulent dire jusqu'au commencement de la quinzième année. Je regarde comme décisive sur ce point l'opinion des Proculéiens, dont l'origine doit naturellement se rapporter à un usage érigé en règle par les mœurs de la nation. — Noris, l. c., p. 113-116, fixe cette époque après la quinzième année révolue, c'est-à-dire un an plus tard que la règle. Mais ici encore il est obligé d'admettre des exceptions, et plusieurs des exemples qu'il cite ne sont pas concluants; ainsi (p. 114) le fils de Cicéron, né en 690, prit la robe virile en 705; Virgile, né en 684, prit la robe virile en 699; mais comme nous ignorons les jours, cela peut se rapporter aussi bien à la quinzième qu'à la seizième année.

sique de l'individu, mais aussi d'une foule de convenances particulières. Voici des faits qui confirment ce que je viens de dire. Auguste prit la robe virile dans le cours de sa seizième année (*i*), Caligula beaucoup plus tard, et, selon les différentes leçons, dans le cours de sa dix-neuvième, de sa vingtième ou de sa vingt et unième année (*k*); Néron, au contraire, dans sa quatorzième année (*k*[1]); Marc-Aurèle dans sa quinzième, c'est-à-dire à l'époque la plus ordinaire (*l*).

Ainsi donc, à moins qu'il n'y eût eu un débat judiciaire sur un fait particulier, on passait à Rome pour *impubes* ou *pubes* selon que l'on portait la prétexte ou la robe virile. C'est pourquoi nous voyons les jurisconsultes et les auteurs employer

(*i*) Sueton. Augustus, C. 8. « duodecimum annum agens « aviam Juliam defunctam pro concione laudavit. *Qua-* « *driennio post virili toga sumta.* » rel. Cf. Noris, l. c., p. 115.

(*k*) Sueton. Caligula, C. 10. « et inde vicesimo ætatis « anno... togam sumsit. » D'autres manuscrits portent *undevicesimo ;* mais Oudendorp corrige ainsi : *unetvicesimo,* et il prouve par le calcul qu'effectivement Caligula était dans sa vingt et unième année. Il était né en 765, et l'événement dont parle Suétone se rapporte à l'an 786, Cf. Noris, l. c., p. 116.

(*k*[1]) Né le 16 décembre 790, il prit la robe virile dans le courant de l'an 804. Noris, l. c., p. 115.

(*l*) Capitolini Marcus, C. 4 : « Virilem togam sumsit XV « ætatis anno. »

comme synonymes les expressions *prætextatus* (ou *investis*) et *impubes*, *vesticeps* et *pubes* (*m*); il s'ensuivait que le fils soumis à la puissance paternelle, incapable de contracter des dettes tant qu'il portait la prétexte, pouvait en contracter dès qu'il portait la robe virile (*n*). Pour un Romain *sui juris*, ce changement avait encore plus d'importance. Tant qu'il portait la prétexte, il était en tutelle; il n'y était plus dès qu'il portait la robe virile (*o*). Ce changement pouvait avoir lieu plus

(*m*) L. 3, § 6, de lib. exhib. (XLIII, 30) : « In hoc interdicto, donec res judicetur, feminam, *prætextatum*, *eumque qui proxime prætextati ætatem accedet*, interim apud « matremfamilias deponi Prætor jubet. Proxime ætatem « prætextati accedere eum dicimus, *qui puberem ætatem « nunc ingressus est*. » Ce texte a donné lieu à une méprise inexplicable. Souvent on a cru que *accedere* voulait dire : sur le point d'entrer; mais *accedere* signifie seulement être proche, et l'âge dont il est ici question est déjà passé, de même que quand on parle de l'*infantiæ proximus*. Ainsi le préteur parle : 1° des impubères; 2° de ceux qui viennent d'être pubères, et qui par conséquent ne sont pas encore loin des premiers. — « Festus : *Vesticeps* puer, qui jam « vestitus est pubertate : econtra *investis*, qui necdum pu- « bertate vestitus est. » — D'après une règle de l'ancien droit qui subsista jusqu'aux règnes d'Hadrien et d'Antonin, les pubères pouvaient seuls être adrogés. Gaius, I, § 102; Ulpian. VIII, § 5; Gellius, V, 19, exprime cette règle en ces termes : « Sed arrogari non potest nisi jam vesticeps. »

(*n*) Voy. plus haut, § 108, *d*, et § 67, *f*.

(*o*) L'impubère quittait la robe prétexte en même temps

tôt ou plus tard, selon les individus, mais tant que le tuteur et son pupille étaient d'accord, les tiers n'avaient aucun motif pour intervenir. J'ajoute qu'il devait être très-favorable à la sûreté des transactions de pouvoir reconnaître au vêtement la capacité d'une personne, et dans les cas où nous voyons une erreur sur ce point (p), on doit supposer que l'impubère a pris une robe virile dans le but de tromper l'autre partie. Mais si le tuteur et son pupille n'étaient pas d'accord, il fallait recourir aux tribunaux, et c'est ici seulement que se présente la question controversée. Les proculéiens soutenaient qu'on devait s'en tenir à l'âge qui avait servi de base à l'ancienne coutume (note h); les sabiniens voulaient que la puberté fût soumise à un examen individuel. On s'explique aisément les motifs de cette dernière

qu'il sortait de tutelle. Ces deux faits s'accomplissaient simultanément, et cela ressort de leur identité avec le commencement de la puberté. Mais nous avons là-dessus des indications positives. Ce sont d'abord ces mots du scoliaste (note h) : « adhuc sub disciplina, » qui sans doute peuvent s'appliquer à l'autorité paternelle, mais tout aussi bien à la dépendance de la tutelle. Je citerai en outre ce texte de Festus : « *Bulla aurea* insigne erat puerorum prætextatorum ..... ut significaretur eam ætatem *alterius regendam consilio.* »

(p) L. 2, § 15, pro emtore (XLI, 4) : « si a pupillo emero « sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem » rel.

opinion. La fixation de la puberté n'avait jamais été uniforme, parce qu'elle dépendait de la volonté des citoyens; quand il devenait impossible de s'en rapporter aux volontés individuelles, parce que les parties intéressées ne s'accordaient pas, les sabiniens voulaient maintenir l'état ordinaire des choses, la non-uniformité, et ils substituaient l'examen individuel aux volontés des citoyens. Mais un semblable procès devait se présenter bien rarement; il faut supposer un pupille qui réclame son indépendance et un tuteur qui veut conserver son autorité : or cela était certainement fort rare. Le développement des dispositions relatives aux excuses nous montre que la tutelle était peu recherchée, car elle n'entraînait que des charges sans profits et une responsabilité dangereuse. La rareté des procès de ce genre nous explique pourquoi cette question, qui au premier abord semble d'un intérêt journalier et d'une grande importance pratique, n'a pas été soulevée antérieurement aux deux sectes de jurisconsultes, et pourquoi elle a été longtemps débattue théoriquement dans les écoles sans que la pratique ou la législation en aient donné une solution définitive.

Cette dernière considération a aussi son influence sur l'opinion que nous devons nous former de l'état postérieur des choses. Il se pourrait que cette question ait été quelquefois portée de-

vant les tribunaux (*q*), mais cela a dû se présenter rarement, et nous n'avons aucun motif de croire que l'examen du pupille ait jamais été un usage généralement adopté. Les témoignages les plus positifs des temps postérieurs nous montrent au contraire le commencement de la puberté toujours fixé à l'âge de quatorze ans (*r*), et le petit nombre de témoignages que l'on pourrait alléguer en faveur de l'autre système ont un caractère fort suspect (*s*). Nous avons même lieu de

(*q*) Quinctilian. Inst. or. IV, 2 : « cum... de jure quæritur « apud centumviros... pubertas annis an habitu corporis « æstimetur. »

(*r*) Ulpian. XVI, § 1 : «...aut XIV annorum filium vel filiam « XII, amiserint... at intra annum tamen et sex menses « etiam... impubes amissus solidi capiendi jus præstat. » (Ici évidemment 14 et 12 ans sont opposés à *impubes*.) — L. 11, pr. quod falso (XXVII, 6). — L. un. § 1, C. Th. de his qui ven. (II, 17) : « feminas quarum ætas *biennio* viros præce- « dit. » — Parmi les auteurs étrangers à la jurisprudence, je citerai, Seneca, Consol. ad Marciam, c. 24 : « pupillus relic- « tus sub tutorum cura usque ad XIV annum fuit : sub ma- « tris tutela semper. » — Macrobius, in Somn. Scip., I, 6 : « ... tutela... de qua tamen feminæ... *maturius biennio* le- « gibus liberantur. » Macrobius, Saturn. VII, 7 : « secundum « jura publica duodecimus annus in femina et *quartusdeci-* « *mus* in puero definit pubertatis ætatem. » — Festus, v. Pubes. — Isidori Orig. XI, 2.

(*s*) Servius, in Virg. ecl. VIII, 39 : « cum annis recte jungit « habitum corporis, nam pubertas *de jure ex utroque colli-* « *gitur.* » — Servius, in Virg. Æn. VII, 53 : « secundum jus

penser que dès les premiers temps de l'empire la règle des quatorze ans reçut une application beaucoup plus générale que sous la république. Autrefois, en effet, cette règle ne trouvait à s'appliquer que dans le cas assez rare d'un débat judiciaire; presque toujours le commencement de la puberté était arbitrairement fixé par la prise de la robe virile. Sous les empereurs, on commença à porter dans la ville l'ancien vêtement de voyage, la *penula* (*t*), qui bientôt remplaça tout à fait la toge. Cette révolution dans le costume eut sans doute pour résultat de faire abandonner la solennité nationale du changement de robe,

« locutus est, in quo et ex annorum ratione, et *ex habitu* « *corporis ætas probatur.* » Tout cela n'est que de l'érudition même peu intelligente, car le second commentaire se rapporte à l'âge d'une jeune fille, et pour les femmes on n'a jamais consulté le développement corporel, mais seulement le nombre des années. — Isidori Orig. XI, 2, passage inséré dans le C. 3, X, de despons. impub. (IV, 2) : « Quidam autem ex annis pubertatem existimant : id est eum puberem « esse qui XIV annos expleverit, quamvis tardissime pubes « eat. Certissimum autem (Decr. *certum autem est eum*) « puberem esse, qui et (deest *et* in Decr.) ex habitu cor- « poris pubertatem ostendat et generare jam possit. » Cette préférence pour la doctrine des sabiniens a bien l'air d'une érudition puisée uniquement dans les livres, comme la plupart des choses que l'on trouve dans cet auteur.

(*t*) Déjà du temps de Tacite on portait la *penula* même devant les tribunaux. Dial. de caussis corruptæ eloquentiæ, C. 39.

car on n'appliqua certainement pas l'ancienne cérémonie au nouveau costume dont l'usage ne s'était établi que progressivement (*u*). Ainsi donc, hors le cas exceptionnel d'un procès, on n'eut plus à choisir qu'entre la règle des quatorze ans et l'examen individuel; cela nous explique pourquoi les textes cités (note *r*) parlent de cette règle en termes si absolus et que n'auraient sans doute pas employés des auteurs du temps de la république.

Si cet exposé est conforme à la réalité des choses, sous Justinien la pratique ne connaissait depuis longtemps que la règle des quatorze ans, et personne ne songeait à l'examen individuel. La loi de Justinien n'eut donc pas pour objet, ainsi que plusieurs autres, de modifier l'état actuel du droit, mais de trancher une question anciennement controversée dans les livres. Cette opinion est contraire à celle de la plupart des auteurs, et l'on croit communément que la doctrine de Priscus l'avait emporté et régnait encore du temps de Justinien (*v*). En effet, l'étalage de moralité que Justinien déploie dans ses deux lois semble avoir pour but de réprimer un usage scandaleux. Mais rien ne nous empêche de croire que cela s'a-

(*u*) Néanmoins, il est probable que dans quelques familles de distinction, et nommément pour le fils de l'empereur, on observait encore les anciennes solennités.

(*v*) Cramer, l. c., p. 16.

dresse à un scandale théorique, et l'émotion de Justinien en pareille circonstance est tout à fait en harmonie avec le style déclamatoire de ses lois. Il y a même une expression qui semble confirmer cette conjecture. On lit dans les Institutes : « Pubertatem.... *veteres*.... ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. » Ce langage se comprend, si l'objet du blâme n'est qu'une vieille théorie trouvée dans les livres; mais si la pratique eût été conforme à cette théorie, l'expression des Institutes serait bien mal choisie.

Maintenant, comment fut-on conduit à prendre l'âge de quatorze ans comme commencement de la puberté? On pourrait rattacher cette fixation à l'ancienne doctrine des philosophes grecs sur l'importance du nombre sept, et ainsi le temps qui précède la puberté serait précisément le double de celui de l'enfance (*w*). Néanmoins, je crois cette explication mal fondée. D'abord, à ne considérer que les nombres, celui de quinze (note *o*) eût été préféré par les Romains. Ensuite, l'âge de douze ans pour les femmes ne trouve pas de place dans ce système. Enfin, il existe pour l'adoption des quatorze et des douze ans une explication beaucoup plus simple et plus naturelle.

(*w*) Voy. plus haut, § 107, *h*. — C'est ainsi que l'entend Macrobrius, in Somn. Scip. I, 6: « Post annos autem *bis sep-* « *tem*... pubescit. » De même Censorinus, De die natali. c. 14, d'après Hippocrate.

L'expérience aurait montré que, sous le ciel de l'Italie, l'âge nubile commence en général pour les deux sexes à quatorze et à douze ans.

Jusqu'ici je n'ai parlé que des hommes. Il me reste à chercher comment pour les femmes la puberté marquait la fin de la tutelle pupillaire. Tous les témoignages s'accordent à dire que la puberté commençait pour les femmes à l'âge de douze ans révolus, sans que jamais on ait parlé de controverse dans les écoles ou d'examen individuel (*x*). Voici les motifs de cette différence : d'abord un examen individuel eût blessé la pudeur du sexe, et c'est le seul motif que donne Justinien; ensuite, il n'y avait pas pour les femmes les variations individuelles qu'entraînait pour les hommes la prise de la robe virile, car elles portaient la prétexte jusqu'au jour de leur mariage (*y*), et ainsi aucun signe visible n'indiquait chez elles un changement d'âge. J'ajoute en dernier lieu qu'ici la fin de la tutelle était un événement moins remarquable et moins intéressant, car à la tutelle pupillaire succédait

(*x*) Justinien, dans les Institutes et dans le Code, le dit expressément, en ce qui touche les femmes. Le texte d'Ulpian., XI, 28, offre des lacunes; mais la tournure de la phrase prouve que les deux sexes étaient traités tout différemment. Je renvoie aux textes cités, note *r*, pour le sexe masculin.

(*y*) Les textes à l'appui de ce fait sont rassemblés dans Pitiscus. Voy. Prætexta, num. 3.

immédiatement la tutelle du sexe, conférée presque toujours au même tuteur. La règle des douze ans se fondait sans doute sur une ancienne tradition, et nous n'avons aucune raison de croire qu'elle ait été établie ou même confirmée par une loi (z).

§ CX. — II. *Actes libres.* — *Empêchements.* A. *Age.* Impuberes *et* puberes. (Suite.)

II. La question de la puberté, par rapport à la capacité de tester, est plus facile et plus simple. Plusieurs textes du droit justinien disent expressément, et sans faire allusion à aucune controverse, que cette capacité commence à l'âge de quatorze et de douze ans accomplis (*a*). Si l'on

(z) D'après ces mots, *legitima uxor*, de la L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2), Cramer, p. 9, 17, admet une loi confirmative; mais ces mots ont absolument le même sens que ceux d'ailleurs plus usités de *justa uxor* ou *civiliter nupta* (par exemple, dans la L. 28, § 3, de lib. et posth., XXVIII, 2). Ainsi encore *legitime* ou *illegitime concepti* (Gaius, I, § 89) se rapportent au *jus civile* en général, et non à une *lex* particulière. — Macrobe dit: *legibus liberantur;* plus loin, *secundum jura publica* (note *r*), expressions qui semblent avoir le même sens, et ainsi *legibus* ne dit pas plus que *jure* ou *jure civili*.

(*a*) L. 5, qui test. (XXVIII, 1); L. 2, pr.; L. 15, de vulg. (XXVIII, 6); L. 4, c. qui test. (VI, 22). Une phrase de ce dernier texte semble même indiquer qu'il ne peut être ici

était tenté de croire ces textes interpolés, les témoignages conformes de Gaius et de Paul (b) détruiraient tout soupçon à cet égard. — D'ailleurs, on s'explique aisément pourquoi les sabiniens pouvaient sans inconséquence abandonner ici leur doctrine de l'examen individuel. Quand un citoyen âgé de quatorze ans, mais dont la puberté pouvait être douteuse, faisait un testament, il n'y avait alors personne qui pût contester la puberté et provoquer l'examen. La question ne pouvait être portée devant les tribunaux qu'après la mort du testateur à l'occasion d'un débat entre les héritiers testamentaires et les héritiers du sang; mais alors il était trop tard pour vérifier si le testateur était réellement pubère à l'époque où il testait. C'est pourquoi les sabiniens abandonnaient dans ce cas leur doctrine, qui, en pratique n'eût pas été susceptible d'application. Sous un autre point de vue, cette concession a de l'importance; elle prouve qu'à l'âge de quatorze ans il y avait présomption de puberté, présomption

question du développement individuel : « Nam si hanc ætatem egressus, *licet vigoris nondum emersissent vestigia* » rel.

(b) Gaius, II, § 113 : « masculus minor XIV annorum testamentum facere non potest... femina vero post XII annum « testamenti faciendi jus nanciscitur. » — Paulus, III, 4, A., § 1 : « Testamentum facere possunt masculi post completum quartum decimum annum, feminæ post duodecimum. »

que personne ne contestait; seulement les sabiniens voulaient la remplacer par une certitude, dans tous les cas où sa vérification était possible.

III. Il me reste à parler de la puberté comme condition de la capacité de contracter mariage. Ici encore la règle des douze ans est incontestable pour les femmes (*c*); mais pour les hommes, on exige seulement la puberté (*d*), sans dire si elle résulte de l'âge ou doit être constatée par un examen individuel. Ce silence s'explique par une circonstance accidentelle en soi: les mariages à un âge très-précoce étant beaucoup plus rares chez les hommes que chez les femmes, on a eu moins d'occasions de faire aux hommes l'application des prescriptions de ce genre. Maintenant, comment faut-il interpréter ce silence? D'abord, il est évident qu'ici comme ailleurs le droit justinien repousse la doctrine de l'examen individuel; mais plusieurs l'admettent quant à l'ancien droit (*e*), et non sans apparence de raison, car la puberté a une relation beaucoup plus directe avec le mariage qu'avec la tutelle ou les testaments. Néan-

(*c*) L. 9, de sponsal. (XXIII, 1); L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2); L. 32, § 7, de donat. int. v. et ux. (XXIV, 1); L. 17, § 1, de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 11, § 3, 4, quod falso (XXVII, 6).

(*d*) Pr. J. de nupt. (I, 10).

(*e*) Zimmern Rechtsgesch, I, § 120, p. 428.

moins, je pense que cette doctrine doit être rejetée d'après l'argument péremptoire déjà allégué au sujet des testaments. Lorsqu'un individu âgé de quatorze ans, mais dont la puberté peut être douteuse, contracte mariage, il n'y a alors personne qui ait droit d'attaquer en justice la validité du mariage et de provoquer l'examen. En admettant que le mariage eût été nul dans l'origine pour défaut de puberté, il deviendrait tacitement valide aussitôt la puberté survenue, comme, par exemple, le mariage illégal contracté par une femme de onze ans est valable de soi-même après l'expiration de la douzième année (*f*). Sans doute on peut avoir intérêt à contester la validité du mariage à une époque déterminée, relativement, par exemple, à la validité d'une donation; mais comment vérifier si la puberté existait ou non à une époque peut-être déjà éloignée? Le seul cas où la vérification serait possible est celui où, immédiatement après un semblable mariage, une des parties demanderait la séparation, ou soutiendrait la nullité de l'acte, et alors il s'agirait de savoir s'il y a eu véritablement mariage. Or, les sabiniens n'ont pas songé à faire, pour l'honneur de la logique, l'application de leur doctrine à un cas aussi rare, et qui peut-être ne s'est jamais présenté. Il est donc très-probable que relativement

(*f*) L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2).

au mariage, la règle des quatorze ans n'a donné lieu à aucune controverse (*g*).

Depuis l'âge de la puberté jusqu'à celui de la majorité, il y a des degrés intermédiaires qui ont une importance juridique. Mais comme chacun d'eux est relatif à une institution spéciale, leur exposé est en dehors des considérations générales sur l'âge comme condition de la capacité d'agir, et rentre dans l'étude de ces diverses institutions comme élément constitutif. Telles sont, par exemple, les règles suivantes : Il faut avoir dix-sept ans pour postuler en justice (*h*) ; dix-huit ans pour être juge dans le sens de l'ancien droit (*i*). L'homme libre qui se laisse vendre frauduleusement comme esclave, devient esclave en punition de sa fraude s'il est âgé de vingt ans (*k*); avant

(*g*) Le seul auteur où il soit question de cet examen par rapport au mariage, est Quinctilian. declam., 279. Voici l'espèce : Un père a marié son fils impubère ; celui-ci surprend sa femme en flagrant délit d'adultère, et transige avec le séducteur pour de l'argent. Le père veut, à raison de ce fait, *abdiquer* son fils, et tout le discours roule sur la légalité de cette *abdicatio*. L'orateur soutient, entre autres choses, qu'il n'y a pas eu de mariage véritable, et il propose de le prouver en faisant examiner le fils. Des narrations aussi romanesques ne sauraient établir l'existence d'un principe de droit, surtout ici où il s'agit d'une institution étrangère au droit romain, l'*abdicatio*.

(*h*) L. 1, § 3, de postul. (III, 1).

(*i*) L. 57, de re jud. (XLII, 1).

(*k*) § 4, J. de j. pers. (I, 3).

l'âge de vingt ans, on ne pouvait affranchir un esclave sans l'autorisation des magistrats, depuis Justinien avant l'âge de dix-sept ans (*l*).

Voici une disposition qui a plus de rapport avec la puberté : Trajan avait assigné à un grand nombre d'enfants des deux sexes des aliments jusqu'à l'âge de puberté (quatorze et douze ans). Hadrien étendit cette libéralité jusqu'à l'âge de dix-huit et de quatorze ans. Cet acte de bienfaisance n'aurait rien de commun avec la puberté sans l'application que l'on en fit par la suite au droit privé. On décida que quand un testateur léguerait des aliments jusqu'à l'âge de puberté, les aliments seraient censés légués jusqu'à l'âge de dix-huit et de quatorze ans, par analogie de la munificence impériale (*m*). — Voici encore une disposition semblable, mais de nom seulement : la question de savoir si l'adoptant devait être nécessairement plus âgé que l'adopté, fut controversée jusqu'au temps de Gaius (*n*). Depuis, on établit comme règle que l'adoptant devait avoir au moins dix-huit ans de plus que l'adopté, et l'on appela cette différence d'âge *plena pubertas*, ce qui établit entre cette règle et la puberté un rapport du

(*l*) Ulpian. I, § 13; Gaius, I, § 38, § 7, J. qui et quib. ex causis (I, 6).

(*m*) L. 14, § 1, de alim. leg. (XXXIV, 1). Cf. sur ce texte remarquable, Cramer, l. c., p. 20.

(*n*) Gaius, I, § 106.

moins nominal (*o*). Voilà tout ce qu'on peut dire de la *plena pubertas*, et c'est à tort que des auteurs modernes ont prétendu établir d'après ce nom seulement une institution nouvelle semblable à la puberté elle-même.

Il me reste à parler d'une difficulté particulière à la doctrine des sabiniens. Ils voulaient que la puberté fût constatée par un examen individuel; mais comment doit-on agir à l'égard des impuissants qui jamais ne deviennent pubères? Dans la doctrine des proculéiens eux-mêmes, on pouvait sans inconséquence faire pour ce cas une disposition exceptionnelle; car si les Romains admettaient évidemment une relation entre l'âge nubile et la capacité d'agir, il était naturel de reculer l'exercice de cette capacité pour ceux qui ne devaient jamais être pubères.

J'examine d'abord la question relativement à la capacité de tester. Là-dessus Paul (III, 4 A. § 2) dit expressément : *spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est anno decimo octavo.* D'après ce texte, les deux écoles semblent s'être accordées à fixer pour les impuissants un certain

(*o*) L. 40, § 1, de adopt. (I, 7); de Modestin, § 4, J. de adopt. (I, 11). Modestin s'exprime ainsi : « major esse debet eo, « quem... filium facit : *et utique plenæ pubertatis, id est decem et octo annis* eum præcedere debet. » Les Institutes portent : « plena pubertate præcedere. »

nombre d'années, mais plus élevé que pour les autres, conjecture merveilleusement confirmée par la *plena pubertas* de dix-huit ans dont j'ai parlé tout à l'heure; ainsi, après *decimo octavo* il faudrait sous-entendre *completo*, ou plutôt lire, d'après une meilleure leçon qui paraît être celle de la plupart des manuscrits : « annorum decem et octo. » Cette décision était en outre fondée sur une considération très-juste. La puberté commence en général à quatorze ans, c'est-à-dire pour le plus grand nombre; néanmoins, chez quelques individus, elle est retardée jusqu'à la fin de la dix-huitième année (*plena pubertas*); il était donc fort naturel d'adopter cette dernière époque pour les impuissants (*p*). D'après cela, il faut entendre par *plerique*, non pas la plupart, mais au contraire quelques-uns, c'est-à-dire, le plus petit nombre, ceux dont la puberté est tardive, et l'on trouve dans les auteurs des exemples de cette signification (*q*). — Plusieurs retranchent la men-

(*p*) C'est ainsi que l'entend Cujas sur la L. 1, D. de minoribus (Opp., I, p. 988) : « Sed in eis causis (l'adoption) non « ideo dicitur plena, quod is sit pubertatis finis, sed quod « frigidiores, *qui tardius pubescunt*, ea fere ætate puberes « fiant, *ut Paulus significat*, *lib.* 3 *Sent.*, *tit.* 4. »

(*q*) Tacitus, Hist. IV, 84 : « Deum ipsum *multi* Æsculapium... *quidam* Osirin... *plerique* Jovem... *plurimi* Ditem « patrem... conjectant. » De même aussi, dans la L. 25, § 2; L. 26, de pactis (II, 14) *plerumque* désigne le cas rare et

tion de dix-huit ans comme une addition des copistes (*r*), d'autres veulent corriger : *decimo quarto* (*s*). Ces deux conjectures ont contre elles l'autorité de tous les manuscrits : la première rend le texte inintelligible, la seconde, tout à fait oiseux : car pourquoi parler des impuissants s'ils sont soumis à la règle générale? — Une constitution de Constantin place les eunuques, la dernière classe des impuissants, sur le même rang que tous les autres hommes quant à la capacité de tester (*t*). Cette loi semble avoir pour but d'abolir l'ancienne règle de dix-huit ans, et ainsi elle en confirme indirectement l'existence.

Une question plus importante était celle de savoir quand finit la tutelle des impuissants. Gaius (I, 196) dit à ce sujet : Les sabiniens appellent *pubes* en droit « qui generare potest : sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spado-

exceptionnel, par opposition à ce qui se fait ordinairement. Voy. en outre L. 32, § 10, de don. int. v. et ux. (XXIV, 1), et Brissonius, v. Plerumque. — Dans le texte de Paul, quelques manuscrits omettent le mot *plerique,* ce qui ne donne plus aucun sens.

(*r*) Dirksen, Beiträge, p. 53, et avant lui d'autres auteurs cités dans les notes de Schulting.

(*s*) C'est ce que fait l'édition in-4° de Bonn, note 3.

(*t*) L. 4, C. qui test. (VI, 22). « Eunuchis liceat facere testamentum, componere extremas *exemplo omnium* voluntates » rel. — Ces mots *exemplo omnium*, si on les rapporte à l'âge, donnent au texte le sens le plus précis.

nes, eam ætatem esse spectandam, *cujus ætatis puberes fiunt.* » Le *puberes fiunt* ne saurait s'appliquer aux impuissants, puisque Gaius vient de dire qu'ils ne deviennent jamais pubères; cela signifie donc : à l'âge où *d'autres* deviennent pubères. Si Gaius eût entendu l'âge de quatorze ans dont il parle ensuite au sujet de la doctrine des proculéiens, il eût sans doute exprimé ce nombre; la périphrase dont il se sert indique une fixation différente, et si l'on rapproche ce texte de celui de Paul sur les testaments, il semble que l'explication naturelle soit : à l'âge où quelques-uns, ceux dont le développement est le plus arriéré, atteignent la puberté; et ainsi le *puberes fiunt* de Gaius serait l'équivalent du *plerique pubescunt* de Paul; peut-être encore Gaius a-t-il écrit *plerique puberes fiunt*, et le mot *plerique* aura été omis dans notre manuscrit, comme il l'a été dans plusieurs manuscrits de Paul.

Il peut sembler extraordinaire que l'on ait dû fixer un âge pour le mariage des impuissants, mais cela pouvait être, puisque l'on permet à tous, excepté aux eunuques, de se marier (*u*). Au reste, on comprend que de semblables mariages sont en soi assez rares pour être plus rarement encore contractés à un âge très-précoce. Si cela se fût vu souvent, peut-être eût-on aussi exigé dix-huit ans.

(*u*) L. 39, § 1, de j. dot. (XXIII, 1).

En droit justinien il ne peut être question d'aucune disposition spéciale relative aux impuissants; la règle des quatorze ans leur est applicable, puisque nulle part il n'y a pour eux d'exception, et c'est par hasard que ce principe se trouve exprimé au sujet des testaments (note *t*).

§ CXI. — II. *Actes libres.* — *Empêchements.* A. *Age.* Minores *et* majores (*a*).

La liberté absolue qu'avaient les pubères de disposer de leurs biens fut bientôt reconnue dangereuse et nécessita l'adoption de nouvelles mesures dont l'effet s'étendait jusqu'à la vingt-cinquième année; ainsi fut établie, quant à l'âge, une délimitation nouvelle inconnue dans l'ancien droit. A mesure que l'État s'agrandissait, la richesse et le luxe des particuliers allaient toujours croissant; de là l'altération des mœurs et la complication des rapports sociaux. Aussi la présomption qui attribuait aux pubères l'intelligence des affaires, autrefois bien fondée, n'était plus en harmonie avec le nouvel état de choses (§ 107, *g*).

Les garanties artificielles accordées aux mi-

(*a*) Cf. Savigny, von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht und insbesondere von der Lex Plætoria, dans les Abhandlungen der Berliner Academie de 1833, p. 1-39.

neurs ne furent établies que graduellement et dans l'ordre qui suit :

Vers le milieu du sixième siècle de la fondation de Rome, la loi Plætoria établit la fixation de vingt-cinq ans, auparavant inconnue (*b*), et le nom d'*ætas legitima*, donné autrefois à la puberté, fut transporté à l'âge de vingt-cinq ans (*c*). Mais la loi n'accordait aux mineurs qu'une protection indirecte en menaçant d'une poursuite criminelle ceux qui traiteraient frauduleusement avec eux.

Ensuite l'édit du préteur leur accorda une protection plus puissante et plus efficace; il admit le principe général de la restitution contre tout acte ou toute omission préjudiciable à leurs intérêts.

Enfin une loi de Marc-Aurèle donna aux mineurs des curateurs chargés de veiller à la conservation de leurs biens.

Ces diverses prescriptions affectent la capacité d'agir des mineurs eux-mêmes moins directement que l'enfance et la puberté; aussi leur examen détaillé trouvera sa place dans un autre endroit

(*b*) On en trouve la preuve la plus directe dans la L. 2, C. Th. de don. (VIII, 12). Aussi Plaute appelle cette loi *Lex quinavicenaria*. Pseudolus, I, 3, 69.

(*c*) L. 2, C. Th. cit.; L. un., § 3, C. Th. de his qui ven. (II, 17); L. 28, in f. de appell. (XLIX, 1). Cf. Brissonius, v. Legitimus.

du traité (*d*) : je ne les ai mentionnées ici que pour réunir sous un même coup d'œil tout ce qui a rapport aux divisions de l'âge.

Avant de terminer l'exposition de cette matière, il me reste à indiquer les règles qui trouvent encore leur application dans le droit moderne.

La théorie romaine de l'*infantia* a perdu presque toute son importance pratique, car elle repose principalement sur la *tutoris auctoritas*, et l'on verra, quand je traiterai de la tutelle, que la *tutoris auctoritas* est de sa nature étrangère au droit moderne. Ainsi donc, la seule règle subsistant encore aujourd'hui est celle qui permet à l'enfant âgé de sept ans de contracter des fiançailles, et de faire tous les actes qui n'offrent aucune chance de perte.

Par suite de la nouvelle forme donnée à la tutelle, la puberté ne marque plus le commencement de l'indépendance et de la libre disposition des biens. — La capacité de tester commence toujours avec la puberté. Le droit canon reconnaît expressément la capacité de contracter mariage

(*d*) La Lex Plætoria était depuis longtemps sans influence sur la pratique du droit (Savigny, p. 18). Je parlerai de la restitution au chapitre suivant du Livre II, quand je traiterai des moyens établis pour la garantie des droits. Enfin, la curatelle des mineurs appartient au droit de la tutelle et rentre dans la partie spéciale du traité.

riage à l'âge de quatorze et de douze ans (*e*). Cette disposition est contraire à nos mœurs, et les législations modernes l'ont presque partout gravement modifiée.

Enfin la minorité continue d'être une cause de restitution, mais elle ne donne plus lieu à une curatelle spéciale, car cette curatelle a été fondue avec l'ancienne tutelle des impubères.

§ CXII.— II. *Actes libres.* — *Empêchements.* B. *Aliénés.* C. *Interdits.* D. *Personnes juridiques.*

B. L'aliénation mentale apporte sans contredit un empêchement naturel aux actes libres et aux effets de ces actes. L'appréciation de cet état est en un sens plus facile que celle de la trop grande jeunesse, car ici le changement n'est pas amené par une longue suite de développements insensibles, quelquefois il se déclare tout à coup, ou du moins la transition est

(*e*) C. 6, 10, 11, 14, X, de despons. impub. (IV, 2).— Ici l'on s'écarte un peu du droit romain, en ce que le mariage contracté avant douze ou quatorze ans, s'il y a eu cohabitation, est déclaré valide et dès lors indissoluble. C., 6, 8, 9, 11, X, eod.; C. un. eod. in VI (IV, 2). Voilà pourquoi l'on a inséré, C. 3, X, eod., le passage où Isidore parle de la controverse des deux écoles, et donne la préférence à l'opinion des sabiniens (§ 109, *s*).—Voy. surtout Glück Pandecten, vol. XXIII, § 1203, et Eichhorn Kirchenrecht, vol. II, p. 339, sq.

prompte et bien marquée. Cependant il peut y avoir des nuances difficiles à caractériser, mais on ne saurait, comme pour l'âge, trancher la difficulté par des règles positives et absolues; sa solution est abandonnée au juge ou plutôt aux experts, car de leur rapport dépendra presque toujours la décision des magistrats.

La manifestation extérieure de cet état varie selon qu'il est ou n'est pas accompagné d'accès violents. Les Romains ont deux expressions, *furiosus* et *demens*, qu'ils emploient quelquefois indifféremment comme synonymes d'aliénation mentale (*a*), et quelquefois aussi comme dénominations spéciales de la fureur et de la démence (*b*). Mais cela n'a aucun inconvénient, puisque les conséquences juridiques de la fureur et de la démence sont absolument identiques (*c*).

Les aliénés ont la capacité du droit comme les autres hommes. Leurs biens ne reçoivent aucune atteinte, non plus que les rapports de famille, tels que le mariage et la puissance paternelle (*d*).

(*a*) Cicero Tusc.; quæst. III, 5; L. 7, §1, de cur. fur. (XXVII, 10); L. 14, de off. præs. (I, 18).

(*b*) L. 25, C. de nupt. (V, 4); L. 8, § 1, de tut. et cur. (XXVI, 5).

(*c*) Ce principe est formellement exprimé dans la L. 25, C. de nupt. (V, 4).

(*d*) L. 8, pr. de his qui sui (I, 6).

Seulement leur capacité d'agir est entièrement suspendue. Ainsi donc tout ce qui émane d'eux n'a que l'apparence d'acte et ne produit aucun effet juridique (*e*). Ce principe important reçoit les applications les plus variées, par exemple en matière de contrats, de testaments, de divorce, de possession (*f*); il s'applique également aux crimes et délits (*g*) : ainsi la violation de la propriété d'autrui commise par un aliéné n'entraîne aucune responsabilité.

Seulement lorsque l'aliénation mentale est interrompue par des intervalles lucides, les actes commis pendant ces intervalles sont parfaitement efficaces, comme s'il n'y avait jamais eu d'aliénation mentale (*h*).

(*e*) L. 40; L. 5, de R. J. (L. 17), § 8, J. de inut. stip. (III, 19). — La L. 8, pr. de his qui sui (I, 6), en décidant que, malgré la démence d'un des époux ou de tous deux, l'enfant naît sous la puisssance paternelle, semble faire exception au principe; mais l'exception n'est qu'apparente. En effet, la conception, à la différence de la cohabitation, ne passe pas pour un acte libre, mais pour un événement naturel indépendant de la volonté.

(*f*) L. 2, C. de contr. emt. (IV, 38); L. 2, de inoff. (V, 2); L. 17, qui test. (XXVIII, 1); L. 22, § 7, sol. matr. (XXIV, 3); L. 1, § 12, de O. et A. (XVI, 7); L. 18, § 1, de adqu. poss. (XLI, 2).

(*g*) L. 14 de off. præs. (I, 18); L. 5, § 2, ad L. A. (IX, 2).

(*h*) L. 6, C. de cur. fur. (V, 70); L. 9, C. qui test. (VI, 22); L. 14, de off. præs. (I, 18); L. 2, C. de contr. emt. (IV, 38).

Il faut distinguer de l'aliénation la simple faiblesse d'esprit (*i*). Celle-ci n'empêche pas les actes libres, mais quand elle est poussée à un certain degré, elle peut nécessiter l'intervention des magistrats et la nomination d'un curateur (*k*).

Ce que j'ai dit de l'aliénation mentale s'applique également à tout autre état semblable. J'appelle état semblable, celui où l'homme est privé de l'usage de sa raison, tout en conservant les apparences de l'activité intelligente (*l*). C'est ce qui arrive dans le délire de la fièvre, dans le somnambulisme naturel, et dans le somnambulisme provoqué par des manœuvres magnétiques. Si, dans une situation pareille, l'homme vient à répéter machinalement les termes d'un contrat, ou à en signer l'acte, ces paroles, cette signature, n'ont aucun des effets attachés aux actes libres. Il n'y a pas non plus d'obligation par suite des

(*i*) Les expressions latines sont : *stultus*, *fatuus*, *insanus*, § 4, J. de cur. (I, 23); L. 25, C. de nupt. (V, 4). — *Mente captus* est pris tantôt dans le sens de démence, tantôt de faiblesse d'esprit. Cette double signification a besoin d'être soigneusement distinguée.

(*k*) § 4, J. de curat. (I, 23); L. 2, de cur. fur. (XXVII, 10); L. 2, de postul. (III, 1).

(*l*) Ainsi donc la règle devient sans application dans les cas où l'usage de la raison étant suspendu, il n'y a pas même l'apparence de l'activité intellectuelle, par exemple, le sommeil, l'évanouissement, l'épilepsie et la mort apparente.

délits, quand bien même l'homme dans une situation pareille aurait violé la propriété d'autrui, fait beaucoup moins rare qu'un contrat apparent (*m*).

Voici certains cas dont le caractère est douteux. D'abord, le dernier degré de l'ivresse. Relativement aux actes juridiques, l'ivresse est assimilée à l'aliénation mentale, quand même l'homme ivre aurait été amené, ce qui arrive quelquefois, à répéter machinalement des paroles ou à donner sa signature. Il n'en est pas de même par rapport aux crimes et délits. Sans doute on ne peut imputer de *dolus* à l'homme complétement ivre. Mais comme il est difficile qu'un homme tombe sans sa faute dans un pareil état, les crimes donnent lieu à une peine publique, les délits à une réparation de dommages, parce que l'homme en s'enivrant est devenu par sa faute l'occasion des violations ultérieures (*n*). On a prétendu assimiler l'excessive colère à l'ivresse, mais sans aucun fondement. Les actes juridiques ne sont guère possibles dans un semblable état, et quant aux crimes et délits, la colère n'exclut jamais

(*m*) La L. 60, de re jud. (XLII, 1); la L. 113, de V. S. (L, 16) parlent de l'état fébrile, non pas au sujet qui nous occupe, mais relativement à la question de savoir si la fièvre peut être considérée comme un empêchement légitime de comparaître en justice.

(*n*) Cette appréciation de l'ivresse est adoptée, c. 7, C. 15, q. 1.

le *dolus*. Ce doute a été occasionné par la règle du droit romain qui déclare nulle la répudiation prononcée dans un accès de colère (*o*). Mais cette règle concerne uniquement les conditions exigées pour la validité de la répudiation. Il ne suffit pas qu'elle soit prononcée dans la forme ordinaire, il faut encore qu'elle le soit avec calme et réflexion, ce qui est certainement impossible dans un accès de colère.

C. L'interdiction pour cause de prodigalité se trouve, dans un texte, assimilée à l'aliénation mentale et représentée comme exclusive de toute volonté (*p*). Mais d'autres textes plus explicites

(*o*) L. 48, de R. J. (L, 17); L. 3, de divort. (XXIV, 2). — Cette règle n'avait d'application pratique que dans l'ancien droit romain, car depuis les formes solennelles prescrites par Auguste, pour la séparation (L. 9, de divort.), une séparation ne pouvait guère avoir lieu dans un premier mouvement de colère. Ainsi donc les textes cités semblent reproduire une règle traditionnelle des temps antérieurs.

(*p*) L. 40, de R. J. (L, 17). (Pomp. lib. 34, ad Sab.) « Furiosi, vel ejus cui bonis interdictum est, nulla voluntas « est. » L'inscription de ce texte explique très-bien sa généralité apparente, comme l'a montré J. Gothofred., Comm. in tit. de R. J.; L. 40, cit. En effet, ce texte qui par son inscription se rattache seulement à la L. 20 de aqua pluv., se lie en réalité aux L. 19 et 20 de aqua pluv. (XXXIX, 3), ainsi conçues : « Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, « ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquæ « pluviæ arcendæ. — Sed hoc ita, si non per errorem aut « imperitiam deceptus fuerit : *nulla enim voluntas errantis*

mettent l'interdit sur la même ligne que l'impubère, *pubertati proximus*. Il peut en effet acquérir une créance en vertu d'une stipulation, mais il ne peut se reconnaître débiteur en vertu d'un contrat (*q*). Il ne peut faire aucune aliénation (*r*), et en général il est privé de l'administration de ses biens qui appartient à un curateur spécial (*s*). Il peut consentir une novation, si elle améliore sa condition (*t*). Il peut valablement accepter une succession qui lui est déférée, toutefois sous la réserve exprimée pour la novation (*u*). Il ne

« *est.* » A ce texte se rattache la proposition de la L. 40, cit., tirée du même livre de Pomponius (34 ad Sab.), et qui *sous ce rapport* refuse la *voluntas* à l'interdit. En effet, par un silence volontaire, qui passerait pour un consentement tacite, l'interdit pourrait se causer à lui-même un dommage, ce dont il est incapable.

(*q*) L. 6, de V. O. (XLV, 1); L. 9, § 7, de reb. cred. (XII, 1).

(*r*) L. 10, pr. de cur. fur. (XXVII, 10); L. 6, de V. O. (XLV, 1); L. 26, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 11, de reb. eor. (XXVII, 9). Ainsi il ne peut faire un payement valide, puisque le curateur peut revendiquer l'argent. L. 29, de cond. indeb. (XII, 6).

(*s*) L. 1, pr. de cur. fur. (XXVII, 10).

(*t*) L. 3, de novat. (XLVI, 2).

(*u*) L. 5, § 1 de adqu. her. (XXIX, 2). « Eum, cui lege « bonis interdicitur, heredem institutum posse adire heredi- « tatem constat. » Suivant l'opinion généralement adoptée, il faut le consentement du curateur. Voy. la dissertation de Reinold. Var. cap. 1. Si l'on considère la forme de l'acte, qui

peut faire de testament (*v*). Comme il est évidemment capable de *dolus*, il est obligé par ses délits de la même manière que l'impubère *pubertati proximus* (*w*).

D. Enfin, toute personne juridique est de sa nature perpétuellement incapable d'agir (§ 90, 96); car tout acte suppose l'exercice de la pensée et de la volonté humaine, ce qui ne saurait exister chez un être purement fictif tel que la personne juridique.

Si nous comparons entre eux les cas ci-dessus énumérés de l'incapacité d'agir, nous y trouvons les ressemblances et les différences suivantes. Les trois premiers cas, la trop grande jeunesse, l'aliénation mentale et l'interdiction, ont un caractère accidentel, car ils tiennent à des imperfections individuelles, mais avec cette

pour l'adition d'hérédité soulève tant de difficultés, l'interdit est capable, et s'il ne l'était pas, le *consensus*, qui jamais n'a la force d'une *auctoritas*, ne pourrait pas ici remédier à son incapacité. L'adition d'hérédité peut, matériellement, ne pas être valide si la succession est onéreuse. Le consentement du curateur est un moyen d'en constater les forces.

(*v*) L. 18, pr. qui test. (XXVIII, 1); § 2, J. quib. non est perm. (II, 12); Ulpian. XX, 13. — Il ne peut jamais servir de témoin pour le testament d'un étranger (§ 6, J. de test. ord. II, 10), non plus qu'aucun impubère, ni même le *pubertati proximus*.

(*w*) J. Gothofredus, l. c.

différence que la trop grande jeunesse est une imperfection normale, inséparable de la nature humaine et passagère, tandis que l'aliénation mentale et l'interdiction peuvent être regardées comme des états exceptionnels et maladifs. L'incapacité des personnes juridiques ne tient à aucune imperfection individuelle, mais à la nature générale et constante de cette classe de personnes.

§ CXIII. — II. *Actes libres.* — *Extension au moyen de la représentation.*

La capacité naturelle qu'ont les personnes de faire des actes juridiques, peut être modifiée positivement de deux manières : par restriction, quand certaines personnes sont déclarées incapables de certains actes ou de tous actes quelconques (§ 106 — 112); par extension, là où la représentation est admise. Cette représentation, dont nous avons maintenant à étudier la nature, exerce sur l'ensemble des transactions une double influence. D'abord elle les facilite, car les organes juridiques de chaque individu se trouvant ainsi multipliés, des actes s'accomplissent, dont la réalisation en fait eût été, sinon impossible, du moins beaucoup plus difficile. En outre la représentation supplée au défaut de capacité d'agir, là où il existe, suivant les règles exposées plus haut, et sous ce second point de

vue son importance est encore plus grande. En effet, la représentation permet de faire intervenir les actes libres dans les rapports de droit concernant les impubères, les aliénés, les interdits, ce qui, sans la représentation, serait presque toujours impossible.

Mais avant d'exposer les principes qui régissent la représentation, il est nécessaire de déterminer l'étendue de son domaine. Ce domaine est le droit des biens restreint aux transactions entre vifs. Ainsi donc la représentation ne trouve que des applications insignifiantes par rapport au droit de la famille (*a*), et par rapport au droit de succession, qui n'a pas pour objet de régler la disposition des biens entre vifs, mais leur transmission d'une génération à une autre (*b*). En matière d'obligations, la représentation s'applique aux transactions mêmes, c'est-à-dire, aux relations de personne à personne, mais non à la

(*a*) Ainsi, le mariage ou l'adoption ne pouvait se faire qu'en personne, jamais par représentant; de même l'émancipation et l'affranchissement des esclaves. Il y avait en quelque sorte représentation, quand un *filiusfamilias*, contractant mariage par *confarreatio* ou *coemtio*, conférait ainsi au père le droit de *manus* sur sa belle-fille.

(*b*) Ainsi nul ne peut tester ou faire adition d'hérédité par représentant. Il en est autrement quand un *filiusfamilias* ou un esclave institué héritier fait adition, et que la succession se trouve ainsi acquise au père ou au maître.

réparation nécessaire qu'entraîne la violation du droit (*c*).

Je passe à l'exposé historique des règles. Nous trouvons dans l'origine ce principe rigoureux, très-gênant pour les transactions, que nul ne peut être représenté que par les personnes placées sous sa dépendance, et seulement pour acquérir, jamais pour diminuer ses biens.

D'après cet ancien principe, les enfants et les esclaves, les personnes *in manu* ou *in mancipio*, acquéraient valablement pour le chef de la famille, tant la propriété et les *jura in re*, que les créances. Ces acquisitions pouvaient même se faire d'après les formes rigoureuses du *jus civile*, la mancipation et la stipulation. Elles pouvaient même se faire indépendamment de la volonté du représenté et du représentant. Soit que le père chargeât son fils de stipuler ou de recevoir une mancipation, soit que le fils fît ces actes à l'insu de son père, les droits résultant de ces actes étaient immédiatement acquis au père (*d*). Ainsi

(*c*) Ainsi on peut contracter par représentant : en matière de délits, la représentation est impossible.

(*d*) Gaius, II, § 86-96; III, § 163-167. Ulpian. XIX, § 18-21, tit. J. per quas pers. nob. adqu. (II, 9); tit. J. per quas pers. nob. obl. adqu. (III, 28); L. 3, C. per quas pers. (IV, 27). — La *in jure cessio* n'admettait pas cette espèce de représentation, car ni le fils ni l'esclave ne pouvaient prononcer ces paroles : « Hanc rem *meam* esse ajo ex

toutes les personnes placées sous une même dépendance étaient des instruments d'acquisition pour le chef de famille commun.

D'un autre côté, les biens du chef de la famille ne pouvaient être diminués en aucune manière par suite de cette représentation. Si donc le fils s'engageait par stipulation, le père n'était pas obligé; s'il mancipait une chose appartenant à son père, celui qui la recevait n'en devenait pas propriétaire (*e*). La volonté du père lui-même n'aurait pu modifier cette application du principe, et il n'aurait pu, dans l'intérêt de sa commodité, prendre son fils comme instrument de pareils actes (*f*).

« jure Quiritium (Gaius, II, § 96). » Indépendamment de ce motif, l'esclave ne pouvait jamais comparaître devant un tribunal.

(*e*) L. 133 de R. J. (L. 17). « Melior conditio nostra per « servos fieri potest, deterior fieri non potest. » L. 27, § 1, ad sc. vell. (XVI, 1); L. 3, C. de pactis (II, 3); L. 12, C. de adqu. poss. (VII, 32). — Si ces textes ne parlent que de l'esclave, cette circonstance est purement fortuite : le principe s'applique à toute espèce de dépendance. — Si quelqu'un placé sous notre dépendance est institué héritier, celui-ci ne peut faire adition sans notre consentement : car la succession peut être insolvable et nous causer préjudice; mais, l'adition une fois faite, avec notre consentement, la succession nous est dévolue comme si nous eussions été institués directement. Gaius, II, § 87; Ulpian., XIX, § 19.

(*f*) Ainsi quand un esclave, sur l'ordre de son maître, contractait une dette pour lui, celui-ci, d'après l'ancien

Enfin, les personnes indépendantes ne pouvaient en aucune manière effectuer une représentation efficace. Il était donc absolument impossible d'employer les actes juridiques des étrangers ou des personnes libres (*g*), soit pour acquérir un droit, soit pour renoncer à un droit, soit pour contracter une obligation, alors même que toutes les parties intéressées eussent d'un commun accord admis la représentation (*h*).

Un principe aussi étroit ne pouvait se maintenir quand la civilisation eut multiplié les transactions sociales; aussi on commença par admettre la représentation libre dans certains cas particuliers. Cela eut lieu d'abord pour l'acquisition de la possession, et pour les moyens d'acquérir la propriété, fondés sur la possession, tels que la tradition et l'occupation (*i*). Ensuite, la

droit, ne devenait pas débiteur : le préteur établit pour ce cas une action spéciale *quod jussu*. C'est d'après le même ordre d'idées que furent créées successivement diverses obligations indirectes par l'intermédiaire des enfants et des esclaves : « Actio de peculio, tributoria, de in rem verso. »

(*g*) Celui qui est hors de notre dépendance, et qui dès lors ne peut nous représenter d'après l'ancien droit, s'appelle *extranea* ou bien *libera persona* (Gaius, II, § 95). Ainsi donc *libera* exprime ici non-seulement l'opposition ordinaire de la *dominica potestas*, mais de toute espèce de dépendance, « potestas, manus, mancipium. »

(*h*) Gaius, II, § 95, J. per quas pers. nob. adqu. (II, 9).

(*i*) § 5, J. per quas pers. (II, 9); L. 1, C. de adqu. poss.

représentation fut naturellement admise pour les aliénations résultant de la tradition, et pour les acquisitions du même genre; et dans tous les cas il fut permis de se faire représenter, soit par ses esclaves ou par ses enfants, soit par des personnes libres (*k*). Ainsi, en ce qui touche le transfert de la propriété, la représentation libre ne fut exclue que par les formes de l'ancien droit civil, la mancipation et la *in jure cessio*.

Dans la suite on admit les mêmes facilités en matière d'obligations, mais les changements s'effectuèrent avec plus de lenteur et d'hésitation que pour la propriété (*l*). Ainsi, pour les contrats tels que la vente et le louage, on admit que les créances pouvaient s'acquérir, les dettes se contracter par représentation, et l'on employa à cet effet la dation de *utiles actiones*. Mais les contrats soumis aux formes rigoureuses de l'ancien droit civil, c'est-à-dire, les stipulations, doivent toujours se faire en personne, jamais par représentants libres; et telle est encore la règle po-

(VII, 32); L. 20, § 2, de adqu. rer. dom. (XLI, 1); L. 1, C. per quas pers. (IV, 27); L. 11, § 6, de pign. act. (XIII, 7); Paulus, V, 2, § 2. — Cf. Savigny, Recht des Besitzes, § 26.

(*k*) 42, 43, J. de rer. div. (II, 1); L. 9, § 4, de adqu. rer. dom. (XLI, 1); L, 41, § 1, de rei vind. (VI, 1).

(*l*) C'est un point dont l'exposition détaillée d'après les sources se rattache au droit des obligations.

sée par le droit justinien (*m*). Cependant, on apporta à la règle un adoucissement pratique. La représentation ne fut pas permise pour une stipulation isolée; mais si pendant le cours d'une gestion d'intérêts confiée à un mandataire, intervenaient des stipulations comme parties intégrantes de la gestion, les actions résultant de ces stipulations ne regardaient pas le mandataire, mais le mandant lui-même. Cela s'appliquait encore au tuteur (*n*) et au procureur *ad litem* (*o*), quand ils avaient eu l'occasion de faire des stipulations, l'un dans l'administration de la tutelle, l'autre dans le cours du procès.

Enfin, de ces différents cas se forma la règle générale que Justinien a érigée en loi dans le texte suivant :

L. 53 de adqu. rer. dom. (XLI, 1) (tirée de Modestin, lib. 14 ad Q. Mucium) : « Ea, quæ civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem : quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. »

(*m*) L. 3, C. de contr. stip. (VIII, 38); L. 1, C. per quas pers. (IV, 27); § 4, J. de inut. stip. (III, 17); L. 126, § 2, de V. O. (XLV, 1).

(*n*) L. 2, pr. de admin. (XXVI, 7); L. 5, 6, 7, 8, quando ex facto tut. (XXVI, 9).

(*o*) L. 5, de stip. præt. (XLVI, 5).

Le résultat que donne ce texte pour le droit justinien peut se résumer par les propositions suivantes :

1° Les actes civils continuent à être soumis aux principes de l'ancien droit. La représentation n'a lieu que pour acquérir, et seulement par les personnes placées sous notre dépendance.

Les seuls actes civils que reconnaisse le droit justinien, d'après les règles exposées plus haut et qui excluent le droit de succession et de famille, sont les stipulations.

2° Les actes naturels admettent toute espèce de représentation par personnes dépendantes ou libres, pour acquérir et pour aliéner.

Cela embrasse, en droit justinien, les actes les plus nombreux et les plus importants, et cette partie de la règle est devenue le point capital (*p*).

(*p*) Ce principe semble en opposition avec plusieurs textes du droit justinien, par ex : § 5, J. per quas pers. (II, 9), et L. 1, C. per quas pers. (IV, 27). D'après ces textes, on pourrait croire que la possession est le seul moyen exceptionnel d'acquérir par l'intermédiaire d'un homme libre, ce qui dans la pensée des auteurs de ces textes excluait surtout la mancipation. Ailleurs nous voyons la représentation libre pour les contrats naturels représentée comme douteuse. Tous ces textes, selon l'esprit général de la législation justinienne, expriment le développement progressif de la règle, qui, sous sa dernière forme, la seule obligatoire, est écrite dans la L. 53, de adqu. rer. dom. (XLI, 1).

3° La représentation elle-même est maintenant de deux espèces :

a) La représentation nécessaire, fondée sur l'ancien droit, est toujours admise comme moyen d'acquérir, soit par actes civils, soit par actes naturels, et cela même à l'insu du chef de famille et indépendamment de sa volonté. Mais cette espèce de représentation n'a guère lieu que par les esclaves, car la *manus* et le *mancipium* n'existent plus depuis longtemps, et les enfants soumis à la puissance paternelle ordinairement n'acquièrent plus pour leur père, mais pour eux-mêmes (*q*).

b) La représentation libre peut être constituée de deux manières.

Régulièrement par la volonté de celui pour qui se fait l'acquisition ou la renonciation. Mais s'il est personnellement incapable d'agir, la représentation est établie en vertu d'un principe général qui supplée à cette volonté. Les impubères, les aliénés et les interdits, sont représentés par leurs tuteurs; les personnes juridiques,

(*q*) C'est-à-dire que si le *filiusfamilias* fait un contrat d'acquisition sans mentionner son père, la propriété est acquise à lui-même; tandis qu'avant Justinien, elle eût été acquise à son père. Mais si le père veut acquérir, il peut prendre pour personne intermédiaire son fils aussi bien qu'un étranger, cela s'entend de soi-même; absolument comme s'il s'agissait d'une aliénation.

par ceux que désigne leur constitution particulière.

Parmi ces règles du droit justinien sur la représentation, quelles sont celles encore applicables aujourd'hui? Nous n'avons plus ni stipulations, ni esclaves; dès lors reste la faculté illimitée de la représentation libre.

Car aujourd'hui tous les actes sont naturels, et la représentation nécessaire par les esclaves est désormais impossible.

§ CXIV.—III. *Déclarations de volonté.— Violence et erreur.*

On appelle déclarations de volonté cette espèce de faits juridiques qui non-seulement sont des actes libres, mais qui, d'après la volonté de l'agent, ont pour but immédiat d'engendrer ou de détruire un rapport de droit (§ 104).

Nous avons ici trois éléments à étudier : la volonté elle-même, la déclaration de volonté, et la conformité de la déclaration à la volonté.

La volonté elle-même doit être envisagée sous deux aspects différents.

1° Le fait de l'existence de la volonté peut être rendu douteux par des faits contradictoires dont il s'agit de déterminer l'influence; ce sont la violence et l'erreur.

2° La volonté peut se modifier elle-même par

certaines restrictions qu'elle s'impose. Ce sont : la condition, le temps et le *modus*.

L'existence de la volonté semble au premier abord incompatible avec la violence et l'erreur. En effet, la violence est le contraire de la liberté. Si donc la violence a déterminé la volonté, il n'y a pas de volonté libre, c'est-à-dire, de volonté véritable, mais seulement l'apparence de la volonté.—Si une erreur est la cause déterminante de la volonté, la pensée de l'agent n'étant pas conforme à la réalité des choses, sa déclaration n'est pas plus efficace que celle d'un impubère ou d'un aliéné.

Un examen plus approfondi de ces deux cas nous révèlera l'erreur qui est au fond de cette argumentation. Je dois néanmoins signaler l'élément de vérité qu'elle contient. Ici agissent de puissantes considérations morales ayant avec le droit une affinité essentielle. La violence en soi ne détruit ni l'existence ni l'efficacité de la volonté; mais l'immoralité qui accompagne la violence et entreprend sur le domaine du droit, demande à être réprimée.—De même aussi l'erreur en soi n'annulle ni la conscience ni la volonté, mais elle peut entraîner au grand détriment du droit une immoralité qui demande également répression.—Je vais examiner successivement ces deux cas.

Le mot violence (*vis*) désigne deux espèces

d'actions très-différentes qu'un homme peut exercer sur un autre.

1° Une contrainte corporelle qui réduit celui qui en est l'objet à un état purement passif. Il ne saurait être question de ce genre de violence par rapport aux déclarations de volonté qui émanent de l'activité intellectuelle. Si, par exemple, on contraint un homme à signer en lui tenant la main, il n'y a pas là de consentement, tout au plus une fausse apparence de consentement, comme dans le cas où l'on aurait contrefait la signature. — Cette espèce de violence peut s'exercer négativement en mettant obstacle aux déclarations de volonté, si, par exemple, on emploie la détention arbitraire pour empêcher quelqu'un de faire un acte ou de tester. — Les auteurs modernes appellent cette espèce de violence *vis absoluta*.

2° Une action exercée sur la volonté par des menaces, c'est-à-dire, une crainte inspirée dans un certain but. Les auteurs modernes appellent cette espèce de violence *vis compulsiva* (*a*); c'est

(*a*) Le caractère distinctif de ces deux espèces de violences se montre surtout dans la perte de la possession. Cette perte peut résulter de la violence absolue ou de la violence compulsive. Dans le premier cas, il y a expulsion; dans le second, tradition forcée. Au premier cas s'applique l'*interdictum de vi;* au second, l'*actio quod metus causa*. Cf. L. 9, pr. quod metus (IV, 2); L. 5, de vi (XLIII, 16).

la seule dont il puisse être ici question, comme la seule qui agisse sur la volonté d'autrui. Il semblerait donc qu'à l'exemple des Romains (*b*) j'aurais dû dans cette recherche parler seulement de la crainte; mais j'ai employé l'expression de violence d'abord comme la plus usitée chez les auteurs modernes, et ensuite comme seule prêtant à la fausse apparence d'une absence de volonté, et c'est cette fausse apparence que je me propose surtout de détruire.

Rien de plus naturel, au premier abord, que de considérer la liberté et la violence comme choses incompatibles, et de conclure que là où il y a violence il n'y a pas de liberté. Néanmoins, un examen plus attentif doit faire abandonner cette doctrine. Nous n'avons pas à nous occuper des difficultés spéculatives que présente la définition philosophique de la liberté. Dans le domaine du droit, nous considérons la liberté sous une apparence visible, c'est-à-dire, comme faculté de choisir entre plusieurs déterminations. Or, il n'est pas douteux que celui qui est contraint ou plutôt menacé conserve cette faculté. En effet, il peut choisir entre trois déterminations, accomplir l'acte qui lui est dicté, repousser par sa résistance, ou enfin accepter le mal dont on le

(*b*) Dans l'origine, l'édit était ainsi conçu : « Quod vi metusque causa gestum erit. » Plus tard, on retrancha la mention de la *vis*, et l'on dit seulement : « Quod metus causa gestum erit. » L. 1, quod metus (IV, 2).

menace. S'il prend la première de ces résolutions, il a eu évidemment la liberté de choisir et de vouloir; dès lors nous devons reconnaître qu'il y a déclaration de volonté, non pas apparente, mais réelle, et si, par exemple, il s'agit d'un contrat, que ce contrat doit avoir tous ses effets juridiques.

Cette doctrine est celle du droit romain consignée dans des textes trop clairs et trop décisifs (*c*), pour être raisonnablement mise en doute d'après quelques témoignages contradictoires en apparence (*d*). En outre, la pratique du droit dont je

(*c*) L. 21, § 5, quod metus (IV, 2). « Si metu coactus adii « hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si li« berum esse noluissem, *tamen coactus volui:* sed per Præ« torem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tri« buatur. » — L. 21, 22, de ritu nupt. (XXIII, 2). « ... Si patre « cogente ducit uxorem, quam non duceret si sui arbitrii es« set... *maluisse hoc videtur.* » Il n'y a aucun motif d'entendre, comme on l'a fait souvent, par la généralité de ces expressions, autre chose que la violence proprement dite, c'est-à-dire, la crainte révérencielle du père (*metus reverentialis*).

(*d*) L. 6, § 7, de adqu. vel om. her. (XXIX, 2). « Celsus... « scripsit, eum qui metu... coactus, *fallens adierit heredita« tem*... heredem non fieri, etc. » Ici *fallens* a le sens de *simulans*, c'est-à-dire que par crainte il avait simulé quelques actes d'héritier comme *gestio*, et dès lors il n'y avait réellement pas adition d'hérédité (*fallens adierit*, pour, *simulaverit se adire*). La correction de *pallens* au lieu de *fallens* n'est pas admissible. Voy. sur ce texte, indépendamment de la glose, Cujacius, in L. 21, quod metus, Opp., I, 971. Mar-

vais parler tout à l'heure, et qui n'est pas douteuse, implique nécessairement comme base ce principe fondamental.

Si la violence en soi n'exclut pas la liberté de celui qui en est victime et ne s'oppose pas à l'efficacité naturelle des déclarations de volonté, néanmoins elle est en opposition directe avec la fin du droit qui est de garantir à la personnalité l'indépendance de son développement (§ 52). Ainsi donc il y a dans la violence une immoralité qui entreprend sur le domaine du droit et a de l'affinité avec l'injustice, sans être une injustice immédiate et réelle (*e*). Il appartient au droit positif d'écarter par des dispositions efficaces cette immoralité de son domaine, et tel est précisément le but que se propose le droit romain (*f*).

kart, interpret. II, 13.— L. 9, pr. qui et a quib. manum (XL, 9). Dans l'acte de contrainte dont parle cette loi, il n'y a pas de manumission véritable, mais une reconnaissance écrite de la liberté; reconnaissance inefficace en soi. La L. 17, pr. eod., parle d'une ordonnance de police qui prohibe les affranchissements arrachés par la violence populaire. La nécessité de cette défense prouve que sans cela les affranchissements eussent été valides.

(*e*) La contrainte ou la menace n'impliquent pas nécessairement une injustice préméditée, car l'auteur de la menace peut en même temps ne pas vouloir la mettre à exécution; mais en droit cette distinction n'a aucune influence, car l'action injuste sur une volonté étrangère reste toujours la même.

(*f*) L. 116, pr. de R. J. (L, 17). « Nihil consensui tam con-

Les nombreux moyens dont il se sert à cet effet ne peuvent être approfondis que dans la partie spéciale du traité; je me contenterai d'en donner ici un résumé sommaire. Le droit romain emploie d'abord à cet effet une action particulière, puis une exception contre toute espèce d'action, et si cela ne suffit pas, le rétablissement de l'ancien état de choses par voie de restitution (*g*).

Il s'agit maintenant de déterminer les condi-

« trarium est, qui bonæ fidei judicia sustinet, quam vis atque « metus : *quem comprobare contra bonos mores est.* » Au lieu de « qui bonæ fidei, » le manuscrit de Florence porte « qui *ac* « bonæ fidei. » Plusieurs manuscrits portent « qui *et* bonæ « fidei. » La meilleure leçon, celle que j'adopte, a aussi pour elle l'autorité des manuscrits. — L. 3, § 1, quod metus (IV, 2). «... vim accipimus... *quæ adversus bonos mores* fiat. » — L. 1, eod. « Ait prætor : Quod metus causa gestum erit, ratum « non habebo. » — L. 1, § 5, eod. (Voy. plus haut, note *c*).

(*g*) L'application de ces principes aux droits réels et aux obligations présente peu de difficultés. L'effet de semblables menaces, par rapport à un acte de dernière volonté, est une question controversée. Cf. Glück, vol. XXXIII, p. 426; Mühlenbruch, § 643. — Relativement au mariage, la liberté absolue de la séparation rendait inutile, dans l'ancien droit romain, toute disposition spéciale, et les règles appliquées aux obligations ne convenaient pas ici. Le droit nouveau, qui a rendu la séparation si difficile, laisse une lacune sur ce point. Le droit canon est très-conséquent en prononçant la nullité du mariage. C. 15, 28, X, de spons. (IV, 1); C. 2, X, de eo qui dux. (IV, 7); Böhmer, § 348; Eichhorn, II, p. 351.

tions que doit réunir la violence pour avoir ces résultat importants.

1° Le mal dont on est menacé doit être grave, la mort, des blessures (*h*) ou la perte de la liberté, soit qu'il s'agisse de la privation matérielle de la liberté, la prison ou les fers (*i*), ou de l'état de servitude (*k*). Si, par exemple, on est menacé de voir triompher une *vindicatio in servitutem*, par une suppression de pièces (*l*), ou si l'auteur de la menace est en position de réduire un homme libre en esclavage (*m*), dans ces différents cas il est indifférent que la menace soit dirigée contre nous-mêmes ou contre nos enfants (*n*).

(*h*) L. 3, § 1; L. 7, § 1; L. 8, pr., § 2, quod metus (IV, 2); L. 3, ex quib. caus. majores (IV, 6); L. 13, C. de transact. (II, 4); L. 7, C. de his quæ vi (II, 20).

(*i*) L. 7, § 1; L. 22; L. 23, § 1, 2, quod metus (IV, 2).

(*k*) L. 4, quod metus (IV, 2). « Ego puto etiam servitutis « timorem, similiumque admittendum. » Les *similia* sont précisément les menaces dont il est parlé note *i*, la prison ou les fers.

(*l*) L. 8, § 1, quod metus (IV, 2).

(*m*) Ainsi, par exemple, d'après le Sc. Claudianum, la femme libre mariée avec un esclave étranger; de même encore les affranchis ingrats. Si, dans ce dernier cas, l'édit ne trouve pas d'application (L. 21, pr. quod metus, IV, 2), ce n'est pas que la *revocatio in servitutem* ne fût un mal assez grave, mais parce que, dans l'espèce du texte cité, la crainte provient, non de la menace du patron, mais de la mauvaise conscience de l'affranchi lui-même.

(*n*) L. 8, § 3, quod metus (IV, 2).

—Cet effet important de la menace est restreint à ces cas spéciaux; ainsi donc la menace n'est pas efficace si elle n'atteint que la réputation ou les biens (*o*) et s'il s'agit uniquement d'un procès soit civil, soit criminel (*p*).—Le mal dont la menace est efficace contient presque toujours une véritable violation du droit (*q*); mais quand la violation du droit n'atteint que les biens, la

(*o*) L. 7, pr. quod metus (IV, 2). « Nec timorem infamiæ « hoc edicto contineri. » Ces mots peuvent se rapporter à l'infamie véritable, si, par exemple, l'auteur de la menace est en position d'intenter une action infamante, la *doli* ou *furti actio;* ils peuvent aussi se rapporter à des médisances capables de ternir la réputation. Dans l'un et l'autre sens, ce principe doit être tenu pour vrai.

(*p*) L. 7, pr. quod metus (IV, 2.) « neque alicujus vexatio« nis timorem per hoc edictum restitui. » — L. 10, C. de his quæ vi (II, 20). « Accusationis institutæ vel futuræ metu alie« nationem seu promissionem factam rescindi postulantis, « improbum est desiderium. » — Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait aucune protection contre la menace d'une action tendant à extorquer de l'argent ou toute autre valeur. Ce cas rentre dans l'édit *de calumniatoribus* (Dig., III, 6), soumis à d'autres règles que l'*actio quod metus causa.*

(*q*) Je dis *presque* toujours; car si la femme libre épouse d'un esclave, ou un affranchi ingrat, sont réduits en esclavage, il n'y a là aucune violation du droit. Voici comment s'explique cette inconséquence apparente: celui qui est réduit en esclavage perdant la capacité du droit, on peut se permettre contre sa personne des actes qui, s'il s'agissait d'un homme libre, seraient des violations du droit.

menace n'a certainement aucune efficacité (*r*).

2° Il faut ensuite que la crainte soit fondée, c'est-à-dire que le mal soit vraisemblable, difficile à éviter, de sorte que la loi ne protége ni la faiblesse de caractère ni de vaines imaginations (*s*).

3° Enfin, et ce point est essentiel, il ne suffit pas que la crainte existe, il faut qu'elle résulte d'une menace, c'est-à-dire qu'elle ait été excitée par un homme dans le but de déterminer l'acte attaqué (*t*). Dès que cette condition existe, le recours n'a pas seulement lieu contre l'auteur de la menace, mais contre les tiers innocents; il est *in rem* (*u*).

(*r*) Je ferai une observation semblable à celle de la note *p*. Il ne faudrait pas croire qu'il n'existe aucune protection contre de semblables menaces. Ici l'on peut recourir à la *condictio ob turpem causam* (L. 2, pr.; L. 4, § 2, de cond. ob turp., XII, 5), soumise, toutefois, à d'autres règles que l'*actio quod metus causa*. La différence pratique la plus profonde existant entre ces actions, c'est que l'*actio metus causa* se dirige contre les tiers, tandis que les autres (notes *p* et *r*) atteignent seulement l'auteur de la menace.

(*s*) L. 6, quod metus (IV, 2). « Metum autem non vani « hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, « ad hoc edictum pertinere constat. » L. 7, pr.; L. 9, pr. eod.; L. 184, de R. J. (L. 17).

(*t*) L. 14, § 3, quod metus (IV, 2). « sufficit enim hoc do- « cere, metum sibi *illatum*. » L. 9, § 1; L. 21, pr. eod.

(*u*) L. 9, § 8, quod metus (IV, 2); L. 4, § 33, de doli except. (XLIV, 4).

Si l'on résume brièvement ce qui vient d'être dit, on y trouve la confirmation du principe fondamental énoncé plus haut. La violence n'exclut pas la liberté; et ainsi, malgré la violence, la déclaration de volonté n'en demeure ni moins réelle ni moins efficace. Mais ses effets naturels sont arrêtés par des règles positives motivées sur l'immoralité qui accompagne la violence au détriment du droit.

Ce rapprochement fait ressortir encore mieux la vérité du principe que la violence n'exclut pas la liberté. Ainsi, d'abord on a jugé nécessaire de créer contre la violence des garanties positives. Lorsqu'un impubère ou un aliéné prononce des paroles susceptibles d'engager une personne ayant la capacité d'agir, on ne pense pas à inventer pour eux une protection artificielle, comme, par exemple, une exception contre l'action résultant du contrat; on dit qu'il n'y a pas eu d'acte juridique, et cela suffit. Il devrait en être de même pour celui qui a été déterminé par des menaces à faire une déclaration de volonté, si la violence excluait réellement la liberté de vouloir; dès qu'il en est autrement, l'existence de cette liberté se trouve reconnue. — Si ensuite la crainte excluait la liberté, il devrait être indifférent que la crainte fût spontanée, ou bien excitée par des menaces, puisque, dans les deux cas, l'état intellectuel de celui qui craint est identique. Comme la pro-

tection de la loi s'accorde non pas à la crainte, mais à la crainte provoquée par des menaces, le motif de cette protection n'est pas le défaut de liberté dans la personne de celui qui éprouve la crainte, mais l'immoralité de l'auteur des menaces.

Pour achever de réfuter la doctrine qui regarde la violence comme exclusive de la volonté libre, je dois parler d'une hypothèse qui semble avoir influencé plusieurs partisans de cette doctrine, sans qu'ils s'en soient bien rendu compte. On peut se figurer la terreur occasionnée par les menaces portée à une telle exaltation, qu'il faille l'assimiler à l'aliénation ou au dernier degré de l'ivresse, et que l'homme en proie à cette terreur perde la conscience de ses paroles et de ses actes. Dans un pareil état, il n'y a effectivement pas de volonté (§ 112), et jamais juge ne le mettra en doute. Peu importe d'ailleurs que cette espèce de délire soit le résultat de menaces, ou d'un événement naturel, ou même des terreurs chimériques d'un homme excessivement timoré. Le droit romain ne s'occupe pas de ce cas où tout est nul *ipso jure*, et où d'ailleurs il est indifférent que la crainte soit ou non l'effet de menaces, tandis que cette circonstance est la condition indispensable de ce système de protection indirecte. Ensuite, dans la pratique, ce cas présente aussi peu d'importance que de difficulté. Il a peu

d'importance à cause de son excessive rareté. En effet, quand la terreur est portée au point de suspendre l'usage des facultés intellectuelles, il ne peut guère rester même l'apparence de l'activité : presque toujours cet état amène un évanouissement, ou du moins l'incapacité de toute manifestation que l'on puisse faussement interpréter comme une déclaration de volonté.

Au reste, cette question que je viens de traiter en droit privé, existe également en droit criminel, et a reçu la même solution. Ici encore le principe est identique. Celui qui se laisse entraîner par des menaces à commettre un délit, agit librement et est responsable de ses actes, sauf les cas très-rares où l'usage des facultés intellectuelles se trouve suspendu par l'effet de la crainte. Cependant la pratique est ici toute différente. Il ne peut être question, en droit criminel, d'une nullité indirecte (*per exceptionem*), mais quelquefois les menaces motivent un adoucissement ou même une exemption de peine. L'examen approfondi de cette question est hors de mon sujet.

§ CXV. — III. *Déclarations de volonté. — Violence et erreur* (suite).

Nous avons maintenant à examiner l'erreur comme obstacle possible à une déclaration de volonté réelle et efficace.

On appelle erreur cet état intellectuel où l'idée de la réalité est obscurcie et cachée par une idée fausse. Néanmoins le point essentiel est ici l'absence de l'idée vraie, car on peut très-bien n'avoir aucune notion d'une chose, sans en avoir une fausse notion. Telle est la différence fondamentale qui existe entre l'erreur et l'ignorance (*error et ignorantia*), quoique leurs effets juridiques soient absolument les mêmes. On devrait donc, pour plus d'exactitude, ne jamais parler que de l'ignorance, puisque ce mot exprime dans sa généralité la plus haute, cet état défectueux de l'intelligence. Cependant les auteurs parlent plus fréquemment de l'erreur, sans doute parce que cette forme est la plus ordinaire et la plus importante dans la pratique. Cette phraséologie n'offre d'ailleurs aucun inconvénient, dès qu'il est bien entendu que tout ce qu'on dit de l'erreur s'applique à la simple ignorance.

Les matières où l'erreur exerce une grave influence sont tellement nombreuses, qu'on ne saurait trouver dans le traité une place convenable pour les épuiser toutes. Cependant, pour l'intelligence complète du sujet, il importe d'embrasser d'un seul coup d'œil toutes les applications de l'erreur aux divers rapports de droit. C'est ce que j'ai essayé de faire dans un appendice spécial (Appendice VIII).

Maintenant, je n'examine l'erreur que sous un

seul rapport, comme raison déterminante d'une déclaration de volonté. Ici nous trouverons presque toujours une erreur proprement dite, car la simple ignorance ne donne ordinairement lieu qu'à des omissions. — La volonté déterminée par une erreur doit-elle être considérée comme réelle et efficace? J'ai déjà indiqué le motif qui semble devoir faire résoudre négativement la question, c'est une sorte de similitude entre l'erreur et le défaut de discernement. En effet, si l'on déclare les impubères et les aliénés incapables de faire des déclarations de volonté par suite de leur défaut absolu de discernement (§ 106), ne doit-on pas aussi déclarer incapable celui qui manque de discernement par rapport aux faits particuliers qui ont déterminé un acte de sa volonté? Il y a même quelques textes de droit romain dont les expressions très-générales semblent favorables à cette assimilation (*a*).

Cependant un examen plus attentif doit la faire entièrement rejeter. Quand nous disons que l'erreur a déterminé la volonté, cette locution est fort impropre. C'est toujours celui qui agit qui a donné à l'erreur cette force déterminante. Sa liberté de choisir entre des résolutions opposées était entière; tous les avantages que l'erreur fai-

(*a*) L. 20, de aqua et aq. pluv. (XXXIX, 3). « nulla enim « voluntas errantis est. » Ce principe se retrouve dans beaucoup d'autres textes. Voy. Appendice VIII, num. VII.

sait briller à ses yeux, il pouvait les refuser; ainsi donc l'influence de l'erreur n'exclut nullement la liberté de la déclaration. Pour bien poser la question, il faut distinguer nettement la volonté elle-même de ce qui la précède dans l'âme de l'agent: la volonté est un fait isolé, seul exigé pour la formation des rapports de droit; rattacher à ce fait un procédé préparatoire, l'en regarder comme partie intégrante, serait une tentative vaine et arbitraire. Aussi l'opinion que je combats est ici beaucoup moins spécieuse que pour le cas de la violence, et dans ces termes généraux n'a pas trouvé de partisans : les méprises assez fréquentes en cette matière se rattachent à des questions de détail.

Cette doctrine fondamentale sur l'erreur sert de base aux principes suivants du droit romain, principes applicables à tous les cas, et non-seulement à celui qui nous occupe, l'influence de l'erreur sur les déclarations de volonté.

Dans la règle, l'erreur en soi ne produit aucun effet, et on ne lui en attribue qu'en vertu d'exceptions spéciales (*b*).

Ces exceptions mêmes cessent d'avoir lieu, si

(*b*) Appendice VIII, num. VI. — On a donc eu tort de poser en principe que s'il s'agit d'un dommage à éviter, on peut alléguer toute espèce d'erreur; mais s'il s'agit d'un gain à faire, l'erreur de fait seulement, et non l'erreur de droit. Appendice VIII, num. VIII, XL.

celui qui souffre de l'erreur n'est pas exempt de torts, c'est-à-dire si l'erreur est facile à éviter.

En général, ce genre de tort est réputé exister quand l'erreur repose non sur un fait (*facti error s. ignorantia*), mais sur le droit (*juris error s. ignorantia*). Néanmoins, dans certaines circonstances particulières, et surtout dans l'état actuel du droit, cette dernière espèce d'erreur se trouve quelquefois excusée, et, par conséquent, valable (*c*).

La règle précédente s'applique expressément aux déclarations de volonté (*d*). A côté de cette règle se placent deux exceptions, où l'erreur excusable donne lieu à des actions spéciales qui détruisent la déclaration de volonté : ce sont les actions édiliciennes et les condictions fondées sur une cause erronée, notamment la plus importante de toutes, la *condictio indebiti* (*e*).

Ces principes s'appliquent à l'erreur considérée en soi; car elle peut, comme la crainte, changer de nature selon la cause qu'on lui suppose. Si, en effet, l'erreur provient de la volonté malicieuse d'un tiers, c'est-à-dire de la fraude, ce cas a une analogie évidente avec celui de la violence. Dans les deux cas, nous voyons une action exercée immoralement; et, dans les deux

(*c*) Appendice VIII, num. III, IV.

(*d*) Appendice VIII, num. X.

(*e*) Appendice VIII, num. XI.

cas, cette immoralité entreprend sur le domaine du droit. En effet, le droit a pour but d'assurer l'indépendance du développement individuel dans les relations sociales. La première condition de toute société est la sincérité et la confiance qu'elles font naître. L'indépendance est attaquée par la violence, comme la confiance l'est par la fraude. Ainsi donc, ces deux espèces d'actions exercées, la violence et la fraude, présentent les similitudes suivantes : toutes deux ont un caractère immoral; toutes deux, sans constituer une injustice en soi, portent atteinte aux conditions essentielles de la vie sociale qui trouve, dans le domaine du droit, règle et protection; ainsi toutes deux doivent être déclarées injustes, poursuivies et combattues par le droit positif.

Au premier abord, on serait tenté d'établir, entre les deux cas, cette distinction que la violence, condamnée absolument, donne toujours lieu à des mesures répressives; tandis que l'erreur indifférente en soi n'infirme les déclarations de volonté, que si la fraude y est jointe. Cette distinction apparente tient à une circonstance accidentelle. On prend ordinairement pour point de départ l'idée de violence au lieu de l'idée de crainte (§ 114). Dans l'un et l'autre cas, il faut distinguer soigneusement l'état intérieur de l'agent et l'influence immorale d'un autre homme.

Dans l'esprit de l'agent, nous trouvons, d'un côté, la crainte; de l'autre, l'erreur : toutes deux sont également indifférentes quant à l'existence d'une déclaration de volonté véritable et sans influence sur son efficacité. Mais toutes deux revêtent un caractère particulier, quand elles sont le résultat d'une action immorale provenant du dehors. La crainte apparaît alors comme violence, et l'erreur comme fraude; et il y a, entre ces deux termes, parallélisme complet.

Pour la fraude, comme pour la violence, l'exposition détaillée des moyens de répression rentre dans la partie spéciale du traité, et ces moyens peuvent, en général, se ramener aux mêmes classifications. Ainsi donc, celui qui est victime de la fraude a, suivant les circonstances, une action, une exception ou le recours de la restitution (*f*). La différence essentielle existant entre ces deux espèces de recours, c'est que, dans le cas de la violence, le recours peut être exercé contre des personnes étrangères et innocentes (*in rem*); tandis que dans le cas de la fraude, il ne peut être dirigé que contre l'auteur de la

(*f*) En fait de mariage, ce que j'ai dit (§ 114, *g*) de la violence peut s'appliquer à la fraude; mais avec cette différence qu'il faut toujours distinguer la fraude essentielle de la fraude non essentielle, et que la première entraîne seule la nullité du mariage. Cf. G. L. Böhmer, Jus can., § 348; Eichhorn, Kirchenrecht, II, p. 355; Pufendorf, I, obs., 161.

fraude ou ses ayants cause [*in personam*] (*g*). Le motif de cette différence est que la violence porte au droit une atteinte plus grave et plus dangereuse que la fraude.

Je dois ici, comme je l'ai fait au sujet de la violence (§ 114), indiquer les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu de revenir contre une déclaration de volonté erronée.

L'expression *dolus* désigne, en général, la violation immorale de cette bonne foi sur laquelle reposent toutes les transactions sociales. L'idée de *dolus* est susceptible de diverses modifications, et d'abord elle admet plusieurs degrés, car tantôt elle implique le blâme le plus sévère (*h*), tantôt une simple désapprobation (*i*); ensuite, elle reçoit diverses applications. Voici les plus précises et les plus fécondes en conséquences : 1° actes faits de propos délibéré par le dé-

(*g*) Contre les héritiers, d'une manière absolue; contre les successeurs à titre singulier, avec restrictions. Cela rentre dans l'exposition détaillée du sujet.

(*h*) Cela ressort surtout des cas nombreux où, dans le domaine du droit privé, l'infamie est la conséquence du *dolus* (§ 77).

(*i*) Ce sont, par exemple, plusieurs cas de la *doli exceptio*, où l'injustice réside uniquement dans l'opiniâtreté de la poursuite judiciaire, tandis que le demandeur n'encourt aucun blâme pour ses actes primitifs. L. 2, § 5, de doli exc. (XLIV, 4) : « petendo facit dolose. » L. 36, de V. O. (XLV, 1) : « hoc « ipso dolo facit quod petit. »

biteur, en vue d'échapper à ses engagements: c'est le *dolus* en matière d'obligations, qui est opposé à la *culpa* et au *casus;* 2° erreur causée à dessein, et qui détermine une déclaration de volonté : c'est la seule application dont j'aie à m'occuper ici.

Dans cette application spéciale, *dolus* signifie falsification de la vérité, et est synonyme de *fraus* (*k*). A cela, il faut ajouter l'intention malicieuse, c'est-à-dire tout acte fait dans le but de nuire, indépendamment du profit que peut en retirer l'auteur de cet acte (*l*). Les jurisconsultes romains expriment cette idée par l'épithète de *malus* (*dolus malus*), opposée à un *dolus bonus*, permis dans les cas où la nécessité de la défense personnelle légitime, même la violence, et où dès lors il n'est pas question de rapports de droit (*m*).

La fraude résulte ordinairement d'un acte positif; néanmoins, on conçoit qu'elle peut résulter d'un acte purement négatif; cela arrive quand on voit, sans rien dire, une erreur que l'on n'a pas provoquée. Mais il faut supposer que

(*k*) L. 1, § 2, de dolo (IV, 2); L. 7, § 9, 10, de pactis (II, 14); L. 43, § 2, de contr. emt. (XVIII, 1).

(*l*) L. 39, 40, de dolo (IV, 3).

(*m*) L. 1, § 2, 3, de dolo (IV, 3) : « sicuti faciunt qui... » tuentur vel sua vel aliena »... « maxime, si adversus hostem » latronemve quis machinetur. »

la nature du contrat nous autorise à compter sur la sincérité de celui qui contracte avec nous, de sorte que le silence soit inséparable des déclarations (*n*).

La violence et la fraude, dont nous examinons ici les analogies et les différences, relativement à la validité des déclarations de volonté, trouvent ailleurs des applications importantes et étendues; par exemple, dans le rapprochement très-ancien de *vi*, *clam*, *precario*, en matière de possession (*o*), surtout dans les obligatious résultant des délits; obligations qui reposent, en grande partie, sur ces principes, et ne peuvent être bien comprises, si l'on n'a pas l'intelligence complète de ces principes eux-mêmes. Sans doute, dans ces dernières applications, il est plus souvent question de la violence absolue que de la violence compulsive. Mais ces deux formes de la violence ne diffèrent pas quant à leur caractère d'immoralité et au danger dont elles menacent le domaine du droit. Si, dans la présente recherche, j'ai écarté la violence absolue (§ 114), ce n'est pas qu'elle fût d'une nature essentiellement différente, mais parce qu'elle ne saurait devenir le motif déterminant d'une déclaration

(*n*) L. 43, § 2; L. 35, § 8, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 11, § 5, de act. emt. (XIX, 1).

(*o*) En effet *clam* et *precario* ne sont que des formes différentes du *dolus*, relativement à la perte de la possession.

de volonté, unique objet de cette recherche. Il y a, néanmoins, une différence entre ces deux espèces de violence ; la violence absolue implique presque toujours une violation du droit que la violence vient seulement aggraver, tandis que la violence compulsive ne constitue une violation du droit qu'en vertu du droit positif.

§ CXVI. — III. *Déclarations de volonté. — Condition. Définition.*

La déclaration de volonté prend un caractère spécial, lorsque la volonté vient à se limiter elle-même. Cela peut se faire par l'addition de la condition, du terme et du *modus* (§ 114). Les sources générales relatives à ces restrictions de la déclaration de volonté se trouvent dans les titres suivants :

Dig. XXVIII, 7 ; XXXV, 1.

Cod. VI, 25, 45, 46 ; VIII, 55.

Auteurs :

Balduinus, de Conditionibus (Heineccii Jurispr. Rom. et Att., t. I).

Donellus, VIII, 30-34 (legs) ; XV, 8-12 (contrats).

Ces restrictions trouvent leurs applications les plus importantes dans les contrats et les testaments. Les unes et les autres ont des caractères

spéciaux (*a*). J'exposerai seulement ici ceux qui sont nécessaires pour l'intelligence complète de la nature générale de ces restrictions.

On appelle condition (*conditio*) cette espèce de restriction qui rattache arbitrairement l'existence d'un rapport de droit à un événement futur et incertain. Ces caractères essentiels de la condition ressortiront surtout des cas où ils viennent à manquer, et où dès lors il y a une condition apparente, mais non pas réelle (*b*).

(*a*) Pour plus de précision et de clarté, j'emploie ici le mot *testament* dans le sens d'acte de dernière volonté en général, ce qui, dès lors, comprend toujours le codicille. Du reste, pour les actes de dernière volonté, l'application des conditions est beaucoup plus fréquente et beaucoup plus variée que pour les contrats; aussi les anciens jurisconsultes s'en sont-ils occupés davantage. — Au lieu de l'expression abstraite actes entre-vifs, j'emploie l'expression concrète de *contrat*, et cette substitution a encore moins besoin d'être justifiée. En effet, les conditions se rencontrent difficilement en matière de quasi-contrats; et quant aux promesses, indépendamment de leur rareté et de leur peu d'importance, elles sont plutôt, sous ce rapport, assimilées aux legs. L. 13, § 1, de pollic. (L, 12). Sell, Versuche, II, 107-110.

(*b*) Le résultat immédiat est ordinairement le même, soit que l'on considère la condition comme apparente, ou comme réelle, mais accomplie. Quelquefois néanmoins, cette distinction a de l'importance, notamment dans les cas où les conditions sont prohibées en général. Cette similitude de résultats nous explique pourquoi les sources du droit par-

Ainsi il n'y a pas de condition si l'événement n'est pas incertain, c'est-à-dire, s'il doit infailliblement arriver ou ne pas arriver (condition nécessaire ou impossible). Je parlerai plus loin de ces différents cas, lorsque j'examinerai les effets des conditions (*c*).

De même encore il n'y a pas condition véritable si la clause ainsi qualifiée résultait implicitement du rapport de droit et n'exprime pas une déclaration de volonté arbitraire. On appelle ces conditions *conditiones tacitæ* ou *quæ insunt, tacite insunt, extrinsecus veniunt* (*d*). En voici des exemples : Institution d'héritier sous la condition que l'héritier institué survivra au testateur; institution d'un *extraneus* sous la condition qu'il acceptera; legs sous la condition que l'héritier institué acceptera la succession; legs des fruits d'un domaine, s'il y en a de produits; legs sous une seule et même condition que l'institution d'héritier, car la condition non accomplie annulle l'ins-

lent quelquefois de la condition apparente, comme d'une condition réelle, mais accomplie. De semblables expressions se retrouvent dans plusieurs des textes cités note *o*.

(*c*) Cf. § 121-124.

(*d*) L. 1, § 3, de cond. (XXXV, 1); L. 99, eod.; L. 25, § 1, quando dies (XXXVI, 2); L. 68, de j. dot. (XXIII, 3). On peut définir ce cas en disant que la *conditio juris* devient à la fois *conditio facti* (L. 21, de cond. XXXV, 1). — Voy. sur ce sujet Donellus, III, 32, § 2-4.

tition d'héritier, et par voie de conséquence le testament et le legs; promesse d'une dot sous la condition du mariage. — En général, de semblables conditions ne sont qu'une répétition surabondante de ce qui aurait lieu tout naturellement; si donc elles ne nuisent pas, elles sont inutiles et sans effet (*e*). Ordinairement, il n'y a pas là-dessus le moindre doute. Ce principe n'a d'importance que pour les legs, afin de déterminer l'époque à laquelle le légataire doit survivre pour transmettre le legs à ses héritiers (*dies legati cedit*). Cette époque est ordinairement la mort du testateur; s'il s'agit d'un legs conditionnel, l'accomplissement de la condition (*f*). Or, les conditions énumérées plus haut n'étant pas des conditions véritables, ne rendent pas le legs conditionnel, et le legs se trouve irrévocablement acquis à la mort du testateur (*g*). Il n'y a donc

(*e*) « frustra adduntur. » L. 12, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 47, de cond. (XXXV, 1).

(*f*) L. 1, § 1-8, C. de caducis toll. (VI, 51).

(*g*) L. 99-107, de cond. (XXXV, 1); L. 21, § 1; L. 22, § 1; L. 25, § 1, quando dies (XXXVI, 2). — Il n'en est pas ainsi, par exemple, d'un legs fait sous cette condition : *si volet legatarius*, car on exige une déclaration de volonté, et cela ne s'implique pas de soi-même, puisque les legs s'acquièrent sans le fait du légataire. L. 65, § 1, de leg. 1 (XXX, 1); L. 69, de cond. (XXXV, 1). Ainsi donc la condition imposée est réelle et efficace. Mais cette clause, semblable en apparence, ajoutée à un fidéicommis : « cum ipsi petissent sine

là qu'une application particulière de la règle générale, mais importante à signaler, comme pouvant être aisément méconnue.

Il n'en est pas de même des déclarations de volonté auxquelles le droit positif défend d'ajouter aucune condition. De semblables conditions ne sont pas alors sans effet; au contraire, elles annullent la déclaration tout entière, et ici reçoit son application cette règle du droit positif: *Expressa nocent, non expressa non nocent* (*h*). En voici des exemples : le père est libre d'instituer héritier son fils ou de le déshériter, seulement l'exhérédation ne doit pas être conditionnelle (*i*); si donc le père déshérite son fils sous la condition que le seul héritier institué acceptera la succession, cette clause est en réalité superflue, car le défaut d'acceptation entraîne la nullité du testament; néanmoins l'exhérédation n'est pas valable (*k*). Dans le cas d'une stipulation conditionnelle, l'acceptilation ne peut naturellement produire

« ulla juris cavillatione, » ne constitue pas une condition véritable. Elle ne fait que confirmer l'obligation de restituer, d'ailleurs certaine et absolue. L. 85, de cond. (XXXV, 1). Voy. § 117, *b*.

(*h*) L. 195, de R. J. (L. 17); L. 68, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 47, in f. de cond. (XXXV, 1).

(*i*) L. 3, § 1, de lib. et posth. (XXVIII, 2). En effet, si la condition vient à manquer, le fils se trouve prétérit.

(*k*) L. 68, de her. inst. (XXVIII, 5).

effet que si la condition est accomplie, car, sans cela, il n'y a pas de dette (*l*); mais l'acceptilation elle-même ne doit être restreinte par aucune condition (*m*). Si donc l'acceptilation répète la condition mise à la stipulation, ce n'est là qu'une répétition inutile de ce qui aurait lieu de soi-même; néanmoins l'acceptilation ainsi conçue est absolument nulle (*n*). — Cette dernière décision est sans contredit fort subtile et sacrifie évidemment le fond à la forme: en droit moderne, elle est inapplicable aux contrats, puisque l'acceptilation romaine n'existe plus; et en matière d'exhérédation, son application soulève des difficultés dont la discussion ne peut trouver place ici.

Il n'y a pas non plus condition véritable lorsque, d'après les termes de la clause, l'événement se rapporte, non à l'avenir, mais au temps passé ou présent (in præteritum vel præsens *collata*, *relata*, *concepta conditio*), par exemple si Titius était consul l'année dernière ou si Titius est actuellement consul. Une semblable clause a précisément les mêmes effets qu'une condition véritable, et ainsi le sort de la transaction dépend de l'existence ou de la non-existence du fait posé comme condition. Néanmoins, il n'y a effectivement pas de condition, puisque l'incertitude

(*l*) L. 12, de acceptil. (XLVI, 4).
(*m*) L. 4, de acceptil. (XLVI, 4).
(*n*) L. 77, de R. J. (L. 17).

n'existe que dans l'esprit de l'auteur de la clause : dans la réalité, tout est décidé, et cela résulte des expressions appliquées à ces sortes de clauses (*o*). Dans la pratique, cette distinction entre la condition apparente et la condition véritable est importante sous deux rapports. La condition apparente ne vicie pas les actes où toute condition est interdite (*p*). Ensuite, quand elle est ajoutée à une institution d'héritier ou à un legs et qu'elle vient à manquer, on pourrait être tenté de l'assimiler à une condition impossible et de la regarder comme non écrite; mais cela ne saurait être admis précisément, parce qu'elle n'est pas une condition véritable (§ 121 *p*.).

On doit distinguer du cas qui précède celui où l'événement, représenté comme futur, au moment où l'acte se passe et à l'insu de son auteur, est déjà accompli ou a déjà fait défaut. Ici l'au-

(*o*) L. 16, de injusto (XXVIII, 3); L. 3, § 13, de bonis lib. (XXXVIII, 2); L. 10, § 1, de cond. inst. (XXVIII, 7) (pour les testaments. — § 6, J. de verb. oblig. (III, 15); L. 37, 38, 39, de reb. cred. (XII, 1); L. 100, 120, de verb. oblig. (XLV, 1) (pour les contrats).

(*p*) Quand donc un père institue héritier un *suus* sous cette condition, si Titius est à présent consul, et que Titius le soit en effet, l'institution est valable, bien qu'elle semble faite sous une condition non potestative. Mais si Titius n'est pas consul, il y a prétérition du fils, ce qui entraîne la nullité du testament.

teur de l'acte avait en vue une condition véritable. Si donc l'événement est déjà accompli, l'acte où les conditions sont interdites n'en est pas moins nul; si l'événement a fait défaut, et qu'il s'agisse d'une disposition testamentaire, la condition est assimilée à la condition impossible, et réputée non écrite (§ 121).

§ CXVII. — III. *Déclarations de volonté. — Conditions. Leurs différentes espèces.*

Il s'agit maintenant d'examiner les contrastes que peut admettre l'idée générale de condition, c'est-à-dire, les différentes espèces du genre.

A. Si l'on considère sa forme logique, la condition peut avoir pour objet l'existence ou la non-existence d'un fait (condition positive ou négative).

B. Le fait désigné comme condition peut dépendre de la volonté humaine ou d'un événement naturel. Si l'on rapproche ce contraste du précédent, on peut dire que toutes les conditions consistent dans un acte ou une omission, et dans l'existence ou la non-existence d'un événement fortuit indépendant de la volonté humaine. — Cette distinction est effectivement reconnue par les jurisconsultes romains. Mais comme ils avaient coutume de diviser les actes libres en deux classes, *dare* et *facere*, par suite de cette subdivi-

sion, ils admettent trois espèces de conditions (*a*).

Néanmoins, les conditions fondées sur les actes libres veulent être examinées de plus près, car leur accomplissement peut dépendre de la volonté de celui qui est avantagé dans l'acte, ou de celui qui est obligé, bien qu'il puisse être avantagé sous un autre rapport, ou enfin de la volonté d'un tiers.

1) Si l'accomplissement dépend de la volonté de celui qui est exclusivement avantagé dans l'acte, par exemple, le stipulateur, l'héritier institué ou le légataire, jamais la condition ne devient une cause de nullité; mais elle est quelquefois superflue et sans effet, si la condition imposée est une simple déclaration de volonté (*si velit*), ou bien s'il est évident que le droit ne peut être acquis ou exercé sans une déclaration de volonté. Ainsi l'institution d'héritier d'un *extraneus*, faite sous la condition *si velit*, n'est pas, en réalité, une institution conditionnelle (§ 116). Il faut en dire autant de la stipulation

(*a*) L. 60, pr. de cond. (XXXV, 1). « In facto consistentes « conditiones varietatem habent, et quasi tripartitam reci- « piunt divisionem, ut quid detur, ut quid fiat, ut quid ob- « tingat : vel retro ne detur, ne fiat, ne obtingat : ex his « dandi faciendique conditiones in personas collocantur aut « ipsorum, quibus quid relinquitur, aut aliorum; tertia « species in eventu ponetur. »

avec la clause *cum petiero;* car on comprend de reste qu'il dépend du stipulateur de faire valoir ou d'abandonner son droit (*b*).

Il en est autrement des droits qui, de leur nature, s'acquièrent sans déclaration de volonté, et dont l'acquisition se trouve dès lors modifiée par la condition *si velit ;* telle est l'acquisition des legs (§ 116, *g*) et celle des successions, quand l'héritier institué est un héritier nécessaire, par exemple, un *suus* (*c*).

Il en est encore autrement, et cela sans égard à la nature des droits, ou à la manière dont ils s'acquièrent, si la condition imposée n'est pas simplement la volonté même (*si velit*), mais un acte extérieur quelconque, par exemple, *si Capitolium ascenderit.* En effet, quoiqu'un pareil acte semble purement volontaire et tout à fait indifférent, et que dès lors on soit tenté de le regarder comme la répétition, en d'autres termes, de la condition *si velit;* néanmoins, on con-

(*b*) L. 48, de verb. oblig. (XLV, 1). Littéralement, c'est un *dies* qui, vu son incertitude, se change en une condition (§ 125). Mais ici le créancier ne veut pas imposer une obligation conditionnelle, il veut, par cette clause, s'assurer d'une prestation immédiate à sa première réquisition. Si l'obligation était subordonnée à un acte personnel du créancier, elle s'éteindrait par sa mort, et c'est ce qui n'a pas lieu ici. Cf. § 116, *g*.

(*c*) L. 86, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 12, de cond. inst. (XXVIII, 7).

çoit qu'un intérêt réel puisse toujours s'y rattacher, c'est pourquoi il constitue toujours une condition véritable, et en a tous les effets (*d*).

Par rapport à cette espèce de conditions, qui reposent uniquement sur la volonté de la personne avantagée, on emploie, en matière de legs, l'expression *potestativæ;* et ainsi, quant à cette application spéciale, les conditions se divisent en *casuales, potestativæ, mixtæ* (*e*). La détermination des conditions potestatives prend une grande importance quand il s'agit de l'institution d'héritier d'un *suus filius*, qui ne peut se faire que sous une condition purement potestative (*f*). Ici j'ajoute que, pour apprécier la nature de la condition potestative, il faut avoir égard aux circonstances particulières de chaque espèce (*g*).

(*d*) En matière de testaments, l'héritier ou le légataire ont déjà l'intérêt de montrer, en accomplissant la condition, leur obéissance aux volontés du testateur.

(*e*) L. un., § 7, C. de caducis toll. (VI, 51). Tous les autres textes portent *conditio quæ est in potestate ipsius.* Indépendamment des sources du droit, le mot *potestativus* ne se trouve, à ce qu'il paraît, que dans un seul passage de Tertullien. — Le Code civil français adopte aussi cette phraséologie, mais il lui impose une autre signification, art. 1169-1171.

(*f*) L. 4, pr. de her. inst. (XXVIII, 5); L. 4, C. de inst. et subst. (VI, 25).

(*g*) L. 4, § 1; L. 5, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 28, de

2) Si l'accomplissement de la condition dépend d'un acte libre de celui qui paraît obligé dans l'acte, soit que cet acte lui confère ou non des droits, on applique les règles suivantes :

Si la condition est simplement un acte de volonté (*si velit*), elle exclut absolument l'existence d'un rapport de droit : en matière d'obligations unilatérales, quand, dans une stipulation, le débiteur fait une promesse sous cette condition (*h*); de même lorsque, dans un contrat de vente, l'acheteur ou le vendeur se réserve cette faculté illimitée, car il ne se trouve pas engagé, et le

cond. inst. (XXVIII, 7); L. 4, C. de inst. et subst. (VI, 25). — D'après ces textes, on voit que la condition cesse d'être potestative, si son accomplissement présente une difficulté extraordinaire ou un danger; ce sont les principes appliqués dans la L. 137, § 2, de V. O. (XLV, 1). Tout se réduit donc à la question de savoir si l'énergie d'un homme de bonne volonté suffisait pour accomplir la condition. Toute condition négative est absolument potestative, car aucune puissance humaine ne peut forcer à agir un homme de résolution. Au contraire, l'acte positif le plus facile, par exemple, *si Capitolium ascenderit*, peut devenir inexécutable en vertu d'une volonté étrangère, si, par exemple, l'héritier ainsi institué est prisonnier.

(*h*) L. 17; L. 46, § 3; L. 108, § 1, de verb. oblig. (XLV, 1); L. 7, pr. de contr. emt. (XVIII, 1). — Le Code prussien, Th. 1, tit. 4, § 108, a adopté ce principe. Le Code civil français (art. 1174) lui donne, par sa rédaction, une extension beaucoup trop grande, car toute peine conventionnelle se trouverait ainsi prohibée.

contrat étant synallagmatique, l'autre partie ne saurait être engagée (*i*). On doit en dire autant d'un legs fait sous la condition que l'héritier voudra bien l'acquitter (*k*).

Il en est autrement si la condition consiste dans un acte extérieur de l'obligé, quoique cet acte soit purement volontaire. C'est sur ce principe que repose la validité des clauses pénales, qui n'a jamais été contestée. L'ancien droit prohibait, il est vrai, le *legatum pœnæ nomine* (*l*), et Justinien a le premier levé cette prohibition (*m*); mais elle ne tenait pas à la nature générale de

(*i*) L. 7, pr. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 13, C. eod. (IV, 38). — Il n'y a qu'une exception à cette règle, la vente *ad gustum*, où l'appréciation de la qualité étant laissée à l'acheteur, la vente dépend de sa volonté seule. L. 34, § 5, de contr. emt. (XVIII, 1) § 4, J. de emtione (III, 23).

(*k*) L. 43, § 2, de leg. 1 (XXX, un.) : « *Legatum in* aliena « *voluntate poni* potest, in *heredis non potest.* » (Voy. néanmoins plus bas note *t*.) L. 11, § 7, de leg. 3 (XXXII, un.). — Si le testateur employait des expressions plus vagues, telles que : *si æstimaverit, si justum putaverit,* on les regardait, non comme une condition, mais comme une formule de politesse vis-à-vis de l'héritier, et le legs était valable. L. 75, pr. de leg. 1 (XXX, un.); L. 11, § 7, de leg. 3 (XXXII, un.). On avait encore plus de latitude pour un fidéicommis, L. 46, pr. § 3, 4, de fideic. lib. (XL, 5), quoique ce texte manque un peu de précision.

(*l*) Gaius, lib. II, § 235; Ulpian. XXIV, 17; XXV, 13.

(*m*) L. un., C. de his quæ pœnæ (VI, 41), § 35, 36, J. de legatis (II, 20).

la condition imposée. On jugeait qu'il ne convenait pas au testateur de prendre le masque de la libéralité, qui forme l'essence du legs, quand son intention était d'agir sur la volonté de l'héritier par la menace d'une perte pécuniaire (*n*). Aussi, pour qu'il y eût *legatum pœnæ nomine*, il ne suffisait pas que la condition dépendît uniquement de la volonté de l'héritier; on prenait en considération les intentions du testateur (*o*), et si l'on venait à reconnaître que son but principal n'avait pas été de menacer son héritier, la condition dépendant de la volonté de l'héritier était valable, même dans l'ancien droit (*p*).

3) Enfin, si l'accomplissement de la condition repose sur un acte libre d'un tiers, il faut distinguer entre les contrats et les testaments.

Faire dépendre l'existence d'un contrat, du consentement d'un tiers, est chose évidemment permise; car celui-ci peut avoir, à empêcher le contrat, un intérêt que les deux parties s'accordent à ménager.

(*n*) Gœschen, Observ. jur. Rom. Berolini, 1811, 8, p. 52-59.

(*o*) L. 2, de his quæ pœnæ (XXXIV, 6): « Pœnam a condi« tione *voluntas testatoris separat*, et an pœna, an conditio... « sit *ex voluntate defuncti apparet*. »

(*p*) L. 3, de leg. 2 (XXXI, un.), où il n'y a pas lieu de supposer une interpolation, et qui n'en présente d'ailleurs aucune trace.

Il n'en est pas de même en matière d'institution d'héritier et de legs, car le testateur dicte, en quelque sorte, des lois (*q*). Il doit être personnellement convaincu des mérites de ceux qu'il appelle à lui succéder, et ne doit pas s'en rapporter au jugement d'un autre. Aussi l'institution d'héritier et le legs sont nuls, s'ils dépendent uniquement de la volonté d'un tiers (*r*); relativement aux fidéicommis, ce motif tiré de la position du testateur n'existe plus, c'est pourquoi on peut les subordonner à la volonté d'un tiers (*s*). — Mais si la condition consiste dans un acte matériel de ce tiers, alors l'institution d'héritier, le legs et la condition elle-même sont également valables (*t*).

(*q*) Ulpian., XXI et XXIV, 1.

(*r*) L. 68, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 52, de cond. (XXXV, 1). — Plusieurs croient que cette règle a été abolie par le droit canon. C. 13, X, de test. (III, 26). C'est une erreur que Böhmer a savamment réfutée dans sa remarque sur ce texte. Cf. Sell Versuche, II, 290.

(*s*) L. 46, § 2, de fid. lib. (XL, 5). On aurait dû, pour être conséquent, étendre la même liberté à l'Institution d'héritier, comme le fait la L. 15, C. de test. (VI, 23); mais le contraire résulte des textes insérés dans le Digeste (note *r*). Quant aux legs, cette liberté subsiste, car il n'y a plus aucune différence entre eux et les fidéicommis.

(*t*) L. 68, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 52, de cond. (XXXV, 1). Cette disposition est reproduite en substance dans la L. 1, pr. de leg. 2 (XXXI, un.), qui seulement ob-

Si l'on résume ce qui vient d'être dit, on voit que dans la plupart des cas, la condition dépendant de la volonté simple, soit du créancier, soit d'un tiers, ne produit aucun effet, ou annulle l'acte tout entier. Le plus souvent, au contraire, la condition est valable et efficace, si elle consiste dans un acte matériel, bien que cet acte puisse être purement volontaire et uniquement destiné à éluder la rigueur du principe (note *t*). Ici donc se reproduit, mais avec un autre sens, le principe déjà énoncé (§ 116) : *expressa nocent, non expressa non nocent* (*u*).

serve combien il est facile au testateur d'éluder par cette forme indirecte la prohibition de la loi. Mais cela était inévitable, à moins de gêner outre mesure la liberté de tester, car il n'existe aucun moyen certain de reconnaître si l'acte d'un tiers, imposé comme condition, l'a été en vue d'un intérêt réel ou pour éluder la loi.

(*u*) L. 52, de cond. (XXXV, 1); L. 195, de R. J. (L, 17) (qui est tirée du texte précédent); L. 68, de her. inst. (XXVIII, 5). — En matière de testaments, il y a ici uniformité; car, excepté l'ancienne prohibition des *legata pœnæ nomine*, peu importe que l'acte libre imposé comme condition dépende de l'appelé, de l'obligé ou d'un tiers. Dans ces trois cas, la simple volonté exprimée comme condition, ou ne produit pas d'effet, ou annulle la disposition testamentaire elle-même. S'il s'agit, au contraire, d'un acte libre matériel, la condition a son efficacité. L'assimilation que j'établis entre ces trois cas semble en opposition avec la L. 43, § 2, de leg. 1 (XXX, un.), voy. note *k*. Cette opposition apparente tient sans doute au retranchement d'une partie du

C. La distinction la plus importante se rapporte à la nature des effets que les conditions doivent avoir sur le rapport de droit, c'est la distinction des conditions suspensives et résolutives dont je parlerai plus bas (§ 120).

§ CXVIII.—III. *Déclarations de volonté.— Condition. Accomplissement régulier.*

Quand on recherche le sens d'une condition, c'est-à-dire la manière dont elle doit s'accomplir, il faut, en général, consulter plutôt l'intention de celui qui l'a dictée, que les termes dont il s'est servi (*a*).

S'il s'agit d'une condition positive (§ 117, A), les faits peuvent être de différente nature. Si le fait est de nature à se répéter rarement et difficilement, il suffit qu'il s'accomplisse une fois, et ainsi en matière de testaments, même du vivant du testateur; par exemple : « si mon héritier se marie, » « s'il est nommé consul. » Mais si le fait était déjà accompli antérieurement au testament,

texte original, motivé par le changement du droit sur les *legata pœnæ nomine.*

(*a*) L. 19, pr. de cond. (XXXV, 1); L. 101, pr. eod. « ... cum « in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam « verba considerari oporteat... » Ce que l'on dit ici des testaments s'applique certainement aux contrats, excepté à la stipulation qui a disparu de notre droit.

et que le testateur en eût connaissance, on exige qu'il se renouvelle. — S'il s'agit d'un fait susceptible d'une répétition fréquente et arbitraire, par exemple, du payement d'une somme déterminée à une personne déterminée (*conditio promiscua*), le fait doit être répété après la mort du testateur, comme preuve d'obéissance, quand même, par une circonstance accidentelle, il eût eu déjà lieu une fois (*b*).

En matière de contrats, il est indifférent que l'accomplissement de la condition ait lieu avant ou après la mort du créancier, de sorte que le droit conditionnel passe toujours à ses héritiers (*c*). Il n'en est pas de même en matière de testaments, à cause de la nature essentiellement personnelle de cette espèce de succession. Ainsi, l'héritier ou le légataire doit exécuter lui-même la condition pour qu'elle produise effet (*d*).

(*b*) L. 11, pr., § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 45, § 2, de leg. 2 (XXXI, un.); L. 7, C. de inst. et subst. (VI, 25).

(*c*) § 4, J. de verb. oblig. (III, 15).

(*d*) L. 1, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. un., § 7, C. de caducis toll. (VI, 51). Voilà pourquoi il est si important de distinguer les conditions véritables des conditions apparentes (§ 116). — Il y a même un texte qui refuse au légataire sous condition le titre de *creditor*, et le donne à celui qui stipule conditionnellement (L. 42, pr. de O. et A., XLIV, 7); néanmoins, ce dernier ne peut être appelé créancier que sous certains rapports.

Les conditions négatives (§ 117, A) peuvent s'exécuter de différentes manières.

D'abord, si la condition est restreinte à un temps déterminé, aussitôt que ce temps est écoulé sans que le fait ait eu lieu.

Ensuite, quand le fait devient impossible, par exemple, après la mort de l'esclave, dont le non-affranchissement formait la condition d'un droit.

Enfin, lorsque la personne avantagée meurt sans avoir fait l'acte que la condition lui interdisait (*e*). La *Muciana cautio* a été introduite en faveur des héritiers ou légataires institués sous une condition négative; ils entrent immédiatement en jouissance de leurs droits, et la caution garantit la restitution des choses reçues, dans le cas où la condition viendrait à être violée (*f*).

§ CXIX. — III. *Déclarations de volonté. — Condition. Exécution fictive* (*a*).

Il est trois cas où la condition non accomplie est réputée l'être en vertu d'une fiction. Cette

(*e*) Ainsi donc, en général, la condition négative produit le même effet que si l'on eût dit : à l'époque de la mort. § 4, J de verb. oblig. (III, 15); L. 73, de cond. (XXXV, 1). — Cf. L. 103, de cond. (XXXV, 1); L. 61, pr. de manum. test. (XL, 4).

(*f*) L. 7; L. 73, de cond. (XXXV, 1).

(*a*) Cf. Donellus, VIII, 34.

fiction repose sur la règle énoncée plus haut (§ 118, *a*), que les conditions doivent recevoir une interprétation large et équitable. Les deux premiers cas sont représentés dans les sources comme dérivant des principes généraux du droit; ils s'appliquent aux contrats comme aux testaments, mais bien plus souvent aux testaments qu'aux contrats. Dans le troisième cas, au contraire, la fiction nous apparaît comme une règle toute positive, introduite en faveur des affranchissements, et elle ne s'applique qu'aux testaments. C'est dans cet ordre, dans cet enchaînement qu'il convient d'examiner ces différentes règles, attention trop souvent négligée par les auteurs modernes.

A. La condition est réputée accomplie quand celui à qui elle profite y renonce volontairement, ce qui peut s'exprimer ainsi : « quotiens per eum, *cujus interest conditionem impleri*, fit quo minus impleatur » (*b*). Cette règle rentre dans le *jus commune*, et son motif est évidemment que le but se trouve atteint, soit que l'acte, objet de la condition, ait été réellement exécuté, soit que

(*b*) L. 5, § 5, quando dies (XXXVI, 2); L. 78, pr. de cond (XXXV, 1); L. 14, 31, eod.; L. 23, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 11, eod.; L. 34, § 4, de leg. 2 (XXXI, un.); L. 1, C. de his quæ sub modo (VI, 45); Ulpian., II, § 6 : « ... si is, cui jussus est dare... *nollet accipere*. » — Le Code prussien, Th. 1, tit. 4, § 112, 113, décide précisément le contraire.

le seul intéressé y renonce et le déclare superflu. Cela est surtout sensible quand la condition est le payement d'une somme d'argent; car si l'on s'en tient à la lettre de l'acte, rien n'empêche celui qui a reçu la somme de la rendre immédiatement. Indépendamment de ce cas, qui n'est pas douteux, cette règle s'applique encore à la condition d'épouser une personne déterminée, si cette personne refuse (c); à la condition d'une adrogation, si celui qui doit être adrogé n'y consent pas (d); à la condition d'élever un monument public, si l'autorité municipale n'accorde pas son autorisation (e).

Dans cette fiction, on suppose toujours qu'il s'agit d'une *mixta conditio* (§ 117, e), dont l'accomplissement est empêché par la volonté d'une personne déterminée, non par une circonstance accidentelle (f). Cette supposition admise, la rè-

(c) L. 23, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 31, de cond. (XXXV, 1); L. 1, C. de his quæ sub modo (VI, 45).

(d) L. 11, de cond. inst. (XXVIII, 7).

(e) L. 14, de cond. (XXXV, 1).

(f) Si donc la condition d'épouser une femme déterminée vient à manquer parce que la femme refuse le mariage, la condition est réputée accomplie; si, au contraire, le prédécès de la femme rend le mariage impossible, il n'y a plus lieu à la fiction légale, et le legs devient caduc. C'est ce qui arrive dans d'autres cas semblables. L. 31; L. 94, pr. de cond. (XXXV, 1); L. 23, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2); L. 72, § 7, de cond. (XXXV, 1); L. 4, C. de cond. (VI, 46).

gle s'applique aux contrats comme aux testaments; et si les sources n'en font mention qu'au sujet des testaments, cela est tout à fait accidentel. Peut-être doit-on l'attribuer à ce que, pour les contrats, la seconde fiction se trouvant presque toujours concourir avec la première, le caractère particulier de celle-ci disparaît.

B. La condition est réputée accomplie, quand son défaut d'accomplissement provient de celui qui en profite. Cette règle est exprimée dans les sources de la manière suivante : « Jure civili « receptum est, quotiens per eum, *cujus interest* « *conditionem non impleri*, fiat, quo minus im- « pleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio « fuisset (*g*). »

(*g*) L. 161, de R. J. (L. 17); L. 24, de cond. (XXXV, 1); L. 85, § 7, de verb. obl. (XLV, 1); L. 50, de contr. emt. (XVIII, 1). — L. 5, § 5, quando dies (XXXVI, 2); L. 66, 81, 110, de cond. (XXXV, 1); L. 3; L. 4, § 4; L. 20; L. 23, § 1; L. 34, § 1, de statulib. (XL, 7); L. 3, § 9, de cond. causa data (XII, 4). — Ulpian., II, § 5; Festus, v. Statuliberi. — Les deux premiers textes cités sont presque littéralement semblables: dans le premier, la leçon « *non* impleri » n'est pas douteuse; dans le second (L. 24, de cond.), plusieurs manuscrits portent « *non impleri;* » d'autres, tels que celui de Florence, « impleri, » sans *non*. D'après cette leçon, le texte se rapporterait, non à la seconde, mais à la première fiction, et il poserait une autre règle, mais tout aussi vraie et tout aussi certaine. Néanmoins, la leçon « *non* impleri » est justifiée d'abord par la concordance littérale des deux textes, et ensuite par l'exemple cité du *promissor*, qui em-

Cette règle est encore considérée comme naturelle; elle se fonde sur le dol de celui qui, dans son intérêt, détruit le caractère d'incertitude et de hasard attribué à la condition par la déclaration de volonté. Ce dol ne doit pas lui profiter (*h*).

Cette fiction s'applique à la condition dépendant d'un acte libre et à la *casualis conditio*, car

pêche l'accomplissement de la condition. En effet, cet exemple rentre dans la seconde fiction (le *non* impleri), car, en général, le défaut d'accomplissement de la condition profite au *promissor*, qui ne devient pas débiteur; tandis que son accomplissement lui profiterait dans un seul cas, celui où la condition serait une prestation en sa faveur. — La même règle se trouve dans le Code civil français (art. 1178), et dans le Code prussien, mais avec des restrictions. Th. I, tit. 4, § 104-107.

(*h*) Cette intention frauduleuse est ici la circonstance décisive. L. 38, de statulib. (XL, 7). « Non omne ab heredis « persona interveniens impedimentum statu libero pro ex-« pleta conditione cedit : « sed id dumtaxat, *quod impediendæ libertatis (causa) factum est.* » Le mot *causa* manque dans le manuscrit de Florence, mais se trouve dans tous les autres manuscrits, et la construction l'exige impérieusement. — Dans beaucoup de cas, où il ne peut être question d'un semblable *dolus*, la condition n'est pas censée accomplie. Ainsi celui qui, sous une peine conventionnelle, promet de s'abstenir d'un acte et s'en abstient effectivement, empêche, par sa seule volonté, l'accomplissement de la condition; mais il n'encourt pas la peine, car son abstention est précisément le but du contrat.

on conçoit que la volonté humaine puisse, en ce cas, exercer une action contraire.

La personne qui met obstacle à l'accomplissement de la condition est souvent la même (*i*), et souvent une autre (*k*) que celle dont il a été parlé au sujet de la première fiction.

La fiction s'applique aux testaments comme aux contrats, et cette seconde application est reconnue expressément dans les sources (*l*).

C. La troisième fiction présente un caractère tout différent; elle ne repose pas sur les principes généraux du droit, mais sur la faveur accordée à la liberté, et dès lors nous apparaît comme une règle de droit positif, un *jus constitutum* ou *singulare* (§ 16, *q*). En effet, si un acte de dernière volonté, directement ou par fidéicommis, affranchit un esclave sous une *mixta conditio*, que ce-

(*i*) Quand, par exemple, un testateur ayant affranchi un esclave sous la condition de payer à son héritier une somme déterminée, celui-ci refuse de recevoir la somme. S'il veut en gratifier l'esclave, c'est le cas de la première fiction; s'il veut empêcher l'affranchissement, c'est le cas de la seconde fiction.

(*k*) Quand, par exemple, la condition de la liberté est le payement par l'esclave d'une somme déterminée à un tiers. Si ce dernier refuse de recevoir, c'est le cas de la première fiction; si l'héritier défend à l'esclave de payer, c'est le cas de la seconde. L. 3, § 2 de statulib. (XL, 7). Cf. L. 3, § 9, de cond. causa data (XII, 4).

(*l*) Cf. les quatre premiers textes cités, note *g*.

lui-ci s'offre à exécuter la condition en ce qui le concerne, et ait préparé les moyens d'exécution, si l'accomplissement de la condition se trouve empêché par une cause extérieure, la condition est réputée accomplie, et la liberté est acquise (*m*). Cela a lieu notamment, si un esclave est chargé de payer une somme d'argent à une personne déterminée, et que celle-ci meure avant d'avoir reçu, mais quand l'esclave tenait la somme à sa disposition (*n*). Ici les sources observent que cette faveur spéciale est restreinte à la liberté, et précisément par opposition aux legs. Si donc la liberté et un legs sont laissés au même esclave sous la même *mixta conditio*, l'es-

(*m*) L. 20, § 3, 4; L. 19; L. 3, pr. § 8, 10, 11; L. 4, § 2, 5; L. 28, pr. de statulib. (XL, 7); L. 55, pr. § 1, 2, de manum. test. (XL, 4); L. 94. pr. § 1 de cond. (XXXV, 1). — Ulpian. II, § 6 : « si *paratus sit dare*, et is cui jussus est dare... moriatur. » Ulpien, § 5 et 6, énumère nos trois fictions (voy. note *b* et *g*) sans les distinguer exactement, ce qui d'ailleurs, pour le cas du *statuliber*, le seul dont il parle, n'était pas nécessaire.

(*n*) Ici encore la faveur fut étendue successivement. D'abord il fallait que cette personne survécût au testateur; plus tard, on admit la validité de l'affranchissement, quoiqu'elle fût décédée avant le testateur. L. 39, § 4, de statulib. (XL, 7). (Si le décès de cette personne était antérieur au testament, alors la condition était impossible et réputée non écrite. Cf. § 121).

clave, dans l'hypothèse précédente, acquerra la liberté, mais non pas le legs (*o*).

Mais la faveur accordée à la liberté ne s'étend pas au delà des limites prescrites; ainsi donc l'esclave ne sera pas libre, s'il n'a pas préparé les moyens d'exécution, quand même on ne pourrait lui reprocher aucune faute (*p*). De même encore, la faveur ne s'étend pas à la *casualis conditio*, car il n'y a rien que l'esclave puisse être prêt à exécuter (*q*).

(*o*) L. 20, § 3, de statulib. (XL, 7).

(*p*) L. 3, § 5, 8; L. 4, § 6; L. 5, § 1, de statulib. (XL, 7). — On fit dans la suite une disposition spéciale pour le cas où l'argent qu'il apportait lui aurait été volé en chemin. Alors il devient libre immédiatement, la condition se change en *modus*, et il reste débiteur de la somme. L. 7, C. de cond. insertis (VI, 46).

(*q*) L. 4, § 7, de statulib. (XL, 7); L. 96, pr. de cond. (XXXV, 1). — Si l'on donne pour condition casuelle le cas où, soit l'obligé, soit un tiers atteindrait un certain âge, et qu'il meure dans l'intervalle, par une interprétation favorable la *conditio* est changée en un *dies certus*, et l'esclave devient libre le jour où le défunt aurait atteint l'âge fixé. L. 16, de manum. test. (XL, 4); L. 19, de statulib. (XL, 7); L. 23, § 3; L. 41, § 10 de fideic. lib. (XL, 5); L. 10, C. eod. (VII, 4). Cette règle n'est pas applicable aux legs; voy. plus bas, § 125. — Il existe aussi une disposition spéciale pour le cas où un esclave a été institué héritier *puré* et affranchi sous une condition qui vient à manquer; alors il devient libre immédiatement, mais il n'hérite que si la succession est insolvable. L. 6, C. de necessariis (VI, 27).

Cette dernière fiction, considérée en elle-même, n'est d'aucun intérêt pour le droit actuel; mais elle est importante en ce qu'elle sert à écarter de nombreuses erreurs introduites en cette matière par les auteurs modernes. Ainsi plusieurs prétendent qu'un obstacle accidentel, qui empêche l'accomplissement de la condition, ne nuit pas s'il survient avant la mort du testateur; d'autres, qu'il ne nuit pas si la condition est potestative; mais qu'il nuit si la condition est mixte. Toutes ces opinions sont dépourvues de fondement, et contraires à la nature véritable des conditions. Ces erreurs viennent de ce qu'on a étendu arbitrairement, aux institutions et aux legs, la faveur spéciale accordée aux affranchissements, et de ce que l'on a méconnu les limites rigoureuses posées par les sources du droit, même en matière d'affranchissements. Au fond de toutes ces erreurs, il y a cette idée plus ou moins nette que, pour les conditions potestatives et mixtes, on a seulement égard à la bonne volonté et à l'innocence de celui qui doit agir, et qu'un obstacle extérieur, mis à l'accomplissement de la condition, ne nuit pas. Cela est vrai dans les cas exceptionnels des trois fictions dont je viens de parler; cela n'est vrai dans aucun autre cas, et c'est absolument une erreur d'ériger cette exception en règle, quelque forme que l'on lui donne.

Il me reste à parler de quelques dispositions particulières dont le véritable caractère étant mal apprécié a contribué à confirmer ces erreurs.

1) Si un testament ordonne l'exécution d'une condition avant un jour déterminé, et que l'héritier ou le légataire aient laissé passer ce jour, parce qu'en vertu du Sc. Silanianum le testament n'était pas encore ouvert, ils obtiennent une restitution contre cette déchéance (*r*). Ce cas rentre dans les restitutions assez nombreuses accordées pour cause d'ignorance. La possibilité et la nécessité de cette restitution prouvent que régulièrement la nature de la condition menait à un résultat opposé. Ici l'ignorance est une conséquence forcée d'une disposition législative, et c'est évidemment le motif de la restitution.

2) Si un testateur laisse des aliments ou une rente annuelle sous la condition que le légataire demeurera constamment auprès d'une personne déterminée, et que cette personne vienne à mourir, le légataire recevra jusqu'à sa mort les annuités de son legs, bien qu'il ne puisse plus remplir la condition (*s*). Cette décision est fondée sur une interprétation favorable de cette

(*r*) L. 3, § 31, de Sc. Silan. (XXIX, 5). Cf. Appendice VIII, Num. XXIX, in f.

(*s*) L. 20, pr. de annuis (XXXIII, 1); L. 20, § 3, de alim. (XXXIV, 1); L. 84, de cond. (XXXV, 1); L. 1, C. de leg. (VI, 37). — Cf. en outre L. 18, § 2, de alim. (XXXIV, 1).

espèce de legs. On suppose que le testateur a sous-entendu : « aussi longtemps que cette personne vivra. » Ce cas rentre dans l'interprétation des legs avec des circonstances qui appelaient une interprétation bienveillante et équitable. Ainsi donc il n'a rien de commun avec la nature des conditions ni avec leur accomplissement.

3) Si un legs est fait sous la condition que le légataire se mariera au gré de Titius, et que Titius meure avant le testateur, le legs est valable, quoique la condition ne doive pas être accomplie. A la vérité, cette condition serait nulle comme immorale, quand même Titius vivrait ; sa mort ne peut donc produire ici aucun changement (*t*).

4) Le legs, sous la condition de jurer d'affranchir l'esclave Stichus, est valable, quoique la mort de cet esclave rende l'affranchissement impossible. Cette décision est fondée sur ce que la condition de s'engager par serment à faire un acte, n'est pas en général considérée comme une condition ; l'acte lui-même est traité comme *modus*, et son impossibilité ne peut jamais porter atteinte à la validité du legs (*u*).

(*t*) L. 72, § 4 ; L. 28, pr. de cond. (XXXV, 1); L. 54, § 1, de leg. 1 (XXX, un.). Voy. plus bas, § 123, *c*.

(*u*) L. 8, § 7, de cond. inst. (XXVIII, 7), rapprochée du § 8 eod. et de la L. 26, pr. de cond. (XXXV, 1), d'où il

5) Un testateur institue deux frères héritiers en disant : Celui que Séja choisira pour époux aura deux tiers, l'autre un tiers de ma succession. Séja meurt avant d'avoir fait son choix, les deux frères n'en sont pas moins héritiers, mais par portions égales (*v*). En effet, l'institution d'héritier était certaine; l'assignation des parts était seule conditionnelle. La condition venant à manquer, l'inégalité disparaît et fait place à l'égalité, qui est de droit commun, comme s'il n'eût pas été parlé de partage.

6) Le Cap. 66 de Reg. juris in VI est rédigé en termes si généraux, qu'il a évidemment pour but, non de changer, mais de rappeler les règles du droit romain. Ce texte doit donc être considéré comme une reconnaissance, exprimée en termes un peu trop vagues, de la première et de la seconde fiction. Cette interprétation est en harmonie avec le caractère général du titre dont ce texte fait partie.

7) Enfin, le texte le plus difficile, et celui qui a surtout contribué aux erreurs que je combats, est la L. 54, § 2 de leg. 1. (XXX. un.)

« Sed et si servi mors impedisset manumissio-

résulte que dans le § 7, comme dans plusieurs autres textes, le mot *conditio* est employé d'une manière impropre. Cf. Donellus, VIII, 34, § 7. Averanius Interpr. II, 24, Num., 28, 29. — Voy. en outre, plus bas, § 123, *s*.

(*v*) L. 24, de cond. inst. (XXVIII, 7).

« nem, cum tibi legatum esset, si eum manumi-
« sisses : nihilominus debetur tibi legatum, quia
« per te non stetit quo minus perveniat ad liber-
« tatem. »

Ce texte isolé suffira-t-il pour jeter des doutes sur ce principe que tant d'autres textes s'accordent à établir? Alors la troisième fiction ne serait pas une faveur spéciale accordée à la liberté, et, sous ce rapport, il n'y aurait pas entre le legs et l'affranchissement le contraste reconnu d'une manière si précise et si formelle par plusieurs anciens jurisconsultes (notes *m* et *o*). Le changement d'une seule lettre pourrait lever toute contradiction. Si, au lieu de *mors* on lisait *mora*, la *servi mora*, c'est-à-dire la résistance opposée par la mauvaise volonté de l'esclave, par exemple, s'il se cache ou s'il s'enfuit, n'empêcherait pas l'accomplissement de la condition. La condition serait réputée accomplie en vertu de la première des trois fictions (*w*).

(*w*) Donellus, VIII, 34, § 9, veut écarter ce cas comme une exception isolée, mais ses raisonnements me paraissent forcés et ses assertions arbitraires. — Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts, Th. II, p. 228, 232, prétend que le défaut d'accomplissement, par suite d'un obstacle extérieur, ne nuit pas si la condition est purement potestative, et que telle est la condition *si Stichum manumiserit*. Voilà d'abord une de ces assertions arbitraires dont je parlais tout à l'heure; ensuite tout ce qu'un obstacle extérieur peut empêcher cesse

§ CXX. — III. *Déclarations de volonté. — Condition. Effets réguliers.*

Je passe maintenant aux effets réguliers des conditions. Je dois donc revenir sur la division importante déjà signalée (§ 117), et l'examiner dans ses détails. J'ai dit que les conditions avaient pour caractère général et essentiel de faire dépendre le rapport de droit d'un événement incertain (§ 116). Cela peut avoir lieu de deux manières; tantôt l'événement fait naître le rapport de droit, tantôt il le détruit. Les jurisconsultes modernes appellent la condition, suspensive dans le premier cas, résolutive dans le second. Nous ne trouvons pas dans les sources du droit d'expressions techniques correspondant à celles-ci. Au reste, le premier cas est le plus ordinaire et dès lors le plus important. Ainsi, quand on parle de *condition* sans autre désignation, il s'agit d'une condition suspensive.

Le rapport de droit soumis à une condition suspensive est susceptible de trois phases différentes. La première est l'état d'incertitude résultant de la condition (*pendet conditio*). Le droit

par cela même d'être purement potestatif; enfin, la condition dont il s'agit n'est nullement potestative, car la présence, sinon le consentement de l'esclave, est indispensable pour la manumission, et l'esclave peut s'y soustraire en fuyant.

n'existe pas encore; il est seulement possible, et sa réalisation dépend plus ou moins de la volonté des intéressés. — Cet état d'incertitude peut se changer en certitude, et cela de deux manières. L'événement s'accomplit (*impleta* ou *expleta conditio*), et alors le rapport de droit existe aussi parfait que s'il n'y avait jamais eu de condition (*a*); au contraire, il devient certain que l'événement ne s'accomplira point (*deficit conditio*), et alors l'expectative d'un rapport de droit disparaît sans laisser de traces.

La condition une fois accomplie, le rapport de droit existe comme s'il n'avait pas été conditionnel, et pour l'avenir, cet effet n'est pas douteux. Mais on demande s'il réagit sur le passé, c'est-à-dire sur le temps qui s'est écoulé depuis la déclaration de volonté jusqu'à l'accomplissement de la condition. En général, cette question doit se résoudre affirmativement (*b*); mais cela souffre plusieurs restrictions.

(*a*) L. 26, de cond. inst. (XXVIII, 7) « ... conditione expleta, « pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum « sit. » Alors seulement on peut dire : *cessit dies;* le droit lui-même est entré dans les biens, ce qui ne pouvait pas se dire *pendente conditione*. L. 213, pr. de verb. sign. (L, 16). Au reste, l'application de ce principe n'a pas toujours autant d'importance qu'en matière de testaments, et surtout de legs, car il faut que le légataire soit vivant lors du *dies cedens*, pour transmettre le legs à ses héritiers (§ 116).

(*b*) Voy. W. Sell, Ueber bedingte Traditionen. Zurich, 1839,

1) Si une chose est livrée sous condition, elle demeure la propriété du débiteur, qui, pendant l'intervalle, peut la constituer comme gage ou la grever de servitudes. Mais la condition une fois accomplie, toutes les aliénations intermédiaires sont annulées. Ainsi encore, la priorité d'un droit de gage concédé conditionnellement, ne se détermine pas d'après l'époque de l'accomplissement de la condition, mais d'après celle du contrat de gage (*c*). — Cette règle souffre exception quand l'accomplissement de la condition dépend d'un acte arbitraire du débiteur (*d*), non qu'il y

p. 100, sq. Ce principe peut se formuler ainsi : « *retrotrahitur* « impleta conditio ad conventionis diem. » Ce rapprochement ne se trouve pas dans les sources, mais Justinien emploie l'expression *retrotrahi*, tout à fait dans le même sens, au sujet de la ratification d'un contrat passé au nom d'un tiers ; L. 7, C. ad Sc. Maced. (IV, 28). De même Marcien, dans la L. 15, pr. de reb. dub. (XXXIV, 5), dit en parlant d'une chose léguée, aliénée par l'héritier, quand plus tard le légataire accepte ou refuse le legs : « ex post facto *retro du-* « *citur.* » De même encore Ulpien, dans la L. 17, § 1, L. 35, ad L. Aquil. (IX, 2), « *retro adcrevisse* dominium. » — Dans la L. 11, § 2, 9, de don. int. vir. (XXIV, 1) on lit : *retro agi;* dans la L. 40, de m. c. don. (XXXIX, 6), *reducitur;* dans la L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16), *referatur* et *reduci.* Cf. sur ces derniers textes et sur leurs rapports avec la doctrine des conditions, § 170.

(*c*) L. 8, pr. de peric. (XVIII, 6); L. 9, § 1; L. 11, § 1, qui pot. (XX, 4). Sell, Bedingte Traditionen, p. 157, sq.

(*d*) L. 16, § 7, de pign. (XX, 1); L. 4, quæ res pign. (XX,

ait seulement condition apparente, car il y a une condition véritable (§ 117), mais parce que le débiteur qui pouvait supprimer tout à fait le droit de son créancier, a pu valablement le restreindre.

2) C'est une question controversée, de savoir si les fruits produits dans l'intervalle doivent être livrés avec la chose. Elle doit en général être résolue affirmativement; mais il faut, dans chaque espèce, avoir égard à l'intention des parties (*e*).

3) S'il s'agit d'une institution d'héritier conditionnelle, la question doit être résolue affirmativement dans tous les cas possibles. En effet, toute succession s'ouvre au moment même de la mort,

3); L. 9, § 1; L. 11, pr., § 2, qui pot. (XX, 4). Quand, par exemple, il est convenu que si le débiteur reçoit une créance, ou porte des meubles dans une maison, cette créance ou ces meubles deviendront le gage de l'obligation. En effet, le débiteur peut, s'il le veut, ne pas recevoir la créance ou ne pas porter les meubles dans la maison. Cf. Sell, Bedingte Traditionen, p. 166.

(*e*) Cf. Thibaut, Civilist. Abhandlungen, p. 363; Sell, Bedingte Traditionen, p. 144; sur le principe lui-même, Vangerow Pandekten, I, 116, est d'une opinion contraire. Le tempérament que j'admets diminue beaucoup l'intérêt pratique de cette question. — Je ne me suis pas proposé ici d'entrer dans les nombreux détails de cette matière, mais seulement de donner un aperçu général des divers effets que produit l'accomplissement des conditions.

et si le droit de l'héritier peut demeurer longtemps incertain, dès qu'il est certain il remonte nécessairement à l'époque de la mort (*f*).

4) Cette raison n'existe pas pour les legs conditionnels. Néanmoins, ici comme pour les contrats, toutes les aliénations intermédiaires sont annulées dès que la condition est accomplie (*g*).

5) Pour les legs conditionnels, il existe une règle particulière relativement aux fruits produits dans l'intervalle. On suppose que le testateur a aussi entendu la condition comme fixation de terme (*h*), et que par conséquent les fruits recueillis dans l'intervalle appartiennent à l'héritier, même après que l'accomplissement de la

(*f*) Voy. plus haut, § 102, et surtout les textes cités note *b* du présent paragraphe.

(*g*) L. 11, § 1, quemadm. serv. (VIII, 4); L. 105, de cond. (XXXV, 1); L. 3, § 3, C. comm. de leg. (VI, 43). — Les Proculéiens pensaient que la chose léguée *per vindicationem* était provisoirement sans maître; les Sabiniens regardaient l'héritier comme propriétaire tant que la condition n'était pas accomplie. Gaius, II, § 200 Justinien a adopté l'opinion des Sabiniens pour tous les legs en général, et c'est à ce principe que répond la proposition du texte. L. 66, de rei vind. (VI, 1); L. 12, § 5 de usufr. (VII, 1); L. 12, § 2, fam. herc. (X. 2); L. 29, § 1, qui et a quib. manum. (XL, 9), et beaucoup d'autres textes.

(*h*) L. 22, pr. quando dies (XXXVI, 2): « ... per conditio- « nem tempus demonstratur » ...

condition a levé toute incertitude (*i*). Ce n'est là néanmoins qu'une interprétation de volonté qui cède à une volonté contraire, formellement exprimée; si, par exemple, le testateur ordonne que la condition accomplie fasse remonter le legs à l'époque de sa mort, c'est-à-dire que les fruits recueillis dans l'intervalle soient rendus au légataire (*k*).

Le rapport de droit soumis à une condition résolutive est d'une nature beaucoup plus simple. D'abord il est identique à un rapport de droit non conditionnel; mais dès que la condition

(*i*) L. 15, § 6; L. 24, § 1; L. 88, § 3, ad L. Falc. (XXXV, 2); L. 18, pr.; L. 33; L. 57, pr. ad Sc. Trebell. (XXXVI, 1).

(*k*) Il s'agit ici du *præposterum*, dont la prohibition, autrefois absolue, fut levée pour la dot par l'empereur Léo, et que Justinien autorisa, dans tous les cas, pour les stipulations comme pour les testaments. L. 25, C. de testam. (VI, 23), § 14 (13) J. de inut. stip. (III, 19). Ce serait, par exemple, un legs conçu en ces termes : « Si consul factus erit Titius, a « die mortis meæ fundum ei heres dato. » Le résultat de cette disposition est d'attribuer à Titius les fruits perçus dans l'intervalle, et cela ne soulevait au fond aucune difficulté : car de tout temps il avait été permis de disposer ainsi des fruits, soit par stipulations, soit par testaments. Cf. L. 18, pr. ad Sc. Trebell. (XXXVI, 1). La difficulté était dans les termes, qui semblaient prescrire une chose impossible et absurde, l'accomplissement d'un acte dans un temps déjà écoulé. Justinien décide que, malgré cette inexactitude d'expression, la volonté évidente du testateur recevra son exécution.

s'accomplit, il est complétement anéanti, comme s'il n'eût jamais existé : c'est une *pura conventio quæ resolvitur sub conditione* (*l*). La propriété revient de soi-même sans nouvelle tradition, et les aliénations faites dans l'intervalle, et valables jusqu'alors, sont immédiatement annulées (*m*).

Le but final de la condition résolutive peut encore être atteint par deux autres voies de droit qui ont avec elle de l'affinité, mais qu'il ne faut pas confondre, car elles s'en distinguent par quelques-uns de leurs effets. Ainsi :

1° On peut exprimer le fait contraire comme condition suspensive, et l'on obtient les résultats exposés plus haut (*n*).

2° Le rétablissement de l'ancien état de cho-

(*l*) L. 3, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 2, de in diem addict. (XVIII, 2); L. 1, de L. commiss. (XVIII, 3); L. 4. C. de pactis inter emt. (IV, 54). — L. 29, de mortis causa don. (XXXIX, 6). — On peut donc représenter la condition résolutive comme une condition suspensive de l'annulation du contrat, mais non comme une condition suspensive d'un contrat nouveau contraire au premier dans ses termes et dans son but.

(*m*) L. 41, pr. de rei vind. (VI, 1). — L. 4, § 3, de in diem addict. (XVIII, 2); L. 3, quib. mod. pign. (XX, 6). — Cf. Sell bedingte Traditionen, p. 219, sq.

(*n*) Il s'agit alors d'une question de fait : savoir laquelle des deux espèces de conditions était dans l'intention des parties. L. 2, de in diem addict. (XVIII, 2); L. 1, de L. commiss. (XVIII, 3).

ses peut être l'objet d'un contrat accessoire fait sous une condition suspensive ; mais ce contrat n'engendre qu'une obligation. La propriété ne revient pas de soi-même, et les aliénations intermédiaires sont maintenues (*o*).

Telle est la nature de la condition résolutive là où en général elle est valable et efficace. Mainte-

(*o*) L. 12, pr. de præscr. verbis (XIX, 5); L. 2, C. de pactis inter. emt. (IV, 54).—Thibaut, civilist. Abhandl., p. 361, ne tient pas compte de cette distinction; car, suivant lui, tout se réduit à savoir qui en définitive conservera la chose; aussi il nie à tort la différence essentielle existant entre les conditions suspensives et les conditions résolutives. (Cf. Sell, p. 183.) Sous un autre point de vue, la condition résolutive peut se ramener à une condition suspensive (note *l*). — Ici encore il s'agit de rechercher en fait si les parties ont voulu soumettre la première vente à des conditions, ou faire un nouveau contrat, un contrat de réméré. Maintenant à quels signes le juge reconnaîtra-t-il l'intention des parties? Là-dessus le droit romain a établi des présomptions qui répondent très-bien aux besoins de la pratique. Ainsi, la *in diem addictio* et la *lex commissoria* constituent une vente sous condition, la *retrovenditio* implique un second contrat de revente. Plusieurs jurisconsultes modernes adoptent un système beaucoup moins pratique : ils distinguent si les parties ont employé des *verba directa* ou *obliqua;* d'autres adoptent une doctrine qui prête encore plus aux objections, ils s'efforcent d'établir dans tous les cas la présomption d'un second contrat de revente. Voy., sur les opinions des auteurs modernes en cette matière, Vangerow Pandekten, I, p. 117. Sell bedingte Traditionen, p. 220, sq.

nant à quelles matières est-elle applicable? Je me réserve d'en parler plus bas (§ 127), quand je traiterai des fixations de termes analogues.

Les donations pour cause de mort présentent, sous ce rapport, un caractère particulier (§ 170). Le donateur peut choisir entre la condition suspensive et la condition résolutive: dans le doute, la présomption est pour cette dernière. C'est pourquoi la condition suspensive, quand on lui donne la préférence, n'a pas d'effet rétroactif sur les aliénations intermédiaires, et le donataire conserve les fruits recueillis dans l'intervalle. Si une semblable donation a lieu entre époux, le transport immédiat de la propriété sous une condition résolutive est impossible; aussi la condition suspensive, la seule possible en pareil cas, a ordinairement un effet rétroactif.

§ CXXI. — III. *Déclarations de volonté. — Condition, nécessaire et impossible* (a).

Après avoir parlé de l'effet normal des conditions (§ 120), je passe à l'effet en grande partie anomal que produisent les conditions nécessaires

(a) Cf. Donellus, VIII, 32, § 5-24, Sell Versuche im Gebiete des Civilrechts, Th. II, Giessen, 1834. Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts. Heft 1, Bonn, 1837, Num. IV.

et impossibles. C'est ainsi que l'on appelle pour plus de brièveté, les conditions dont l'accomplissement est nécessaire ou impossible.

J'ai déjà observé (§ 116) que ce ne sont pas des conditions véritables, puisqu'il leur manque un des éléments essentiels de la condition, l'incertitude du résultat. Pour apprécier l'influence que cette forme mal employée exerce sur les déclarations de volonté, il faut passer en revue les cas et les circonstances où elle peut se présenter.

D'abord ces conditions peuvent être évidemment aussi bien positives que négatives (§ 117). Si ensuite on recherche la cause de la nécessité ou de l'impossibilité, ce peut être tantôt une loi de la nature, tantôt un principe de droit; dès lors il y a deux espèces de nécessités et d'impossibilités, les unes physiques, les autres juridiques, mais toutes soumises aux mêmes règles (*b*).

On peut donc concevoir les combinaisons suivantes, qu'il s'agit de rendre sensibles par des exemples :

I. Conditions nécessaires :

(*b*) La parité entre l'impossibilité physique et l'impossibilité juridique est formellement reconnue par la L. 137, § 6, de verb. oblig. (XLV, 1), et ce principe ne s'applique pas seulement aux conditions, mais aussi à l'impossibilité de l'acte lui-même. Cf. L. 35, pr. eod.

A. Positives:

a) Physiquement nécessaires.

Si le soleil se lève le jour d'après ma mort, ou si jamais je viens à mourir.

b) Juridiquement.

Si en général Titius doit avoir la capacité du droit (*c*).

B. Conditions négatives (*d*):

(*c*) Parce que nous ne reconnaissons pas d'incapacité absolue du droit; chez les Romains, cette condition aurait signifié: « Si Titius est un homme libre, » fait qui pouvait être douteux, et la condition n'eût pas été nécessaire.

(*d*) Les auteurs modernes appellent à tort une semblable condition, négative *impossible*, tandis que dans la réalité elle est nécessaire, et en même temps négative. En effet, si l'objet de l'abstention est impossible, et voilà ce qui a occasionné cette phraséologie vicieuse, la condition elle-même, c'est-à-dire son accomplissement, est nécessaire. Au reste, cette impropriété de langage se trouve déjà dans Ulpien, L. 50, § 1, de her. inst. (XXVIII, 5). « Si in non faciendo impossibilis conditio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset. » On pourrait croire que Ulpien n'avait pas en vue ce cas, mais celui que j'ai classé, II, B, et alors son expression serait exacte. Mais la supposition n'est pas admissible, car le cas (II, B) était controversé, et Ulpien n'aurait pu dire: « secundum omnium sententiam. » La même phraséologie se trouve reproduite L. 7, de verb. oblig. (XLV, 1) et L. 20, pr. de cond. inst. (XXVIII, 7). Cette observation est très-bien développée dans Arndts, p. 162-169.

a) Physiquement nécessaires.

Si Titius s'abstient de monter dans la lune.

b) Juridiquement nécessaires.

Si Titius, mon unique héritier, ne réclame pas après ma mort les sommes que je lui dois (*e*).

Si Titius s'abstient, avant sa puberté, de faire un testament valable, ou d'acquérir la propriété des églises de ma paroisse.

II. Conditions impossibles :

A. Positives :

a) Physiquement impossibles.

Si Titius va dans la lune.

A cette classe appartiennent naturellement les conditions qui impliquent contradiction en soi (*conditiones perplexæ*) (*f*).

b) Juridiquement impossibles :

Si Titius fait avant l'âge de puberté un testament valable, ou s'il devient propriétaire des églises de ma paroisse.

B. Négatives :

(*e*) L. 20, pr. in *f.* de cond. inst. (XXVIII, 7). En effet, c'est une dette qu'il ne peut jamais réclamer. Avant l'adition d'hérédité, il n'a pas de contradicteur; après l'adition, la confusion s'opère, et la dette est éteinte.

(*f*) En effet, elles sont impossibles d'après la loi logique de l'humanité. — Cf. Sell, p. 267. On en trouve des exemples L. 16, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 39, de man. test. (XL, 4); L. 88, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2). — Ces cas sont soumis à une règle particulière (note *m*).

a) Physiquement impossibles.

Si Titius ne meurt jamais.

b) Juridiquement impossibles.

Si Titius, âgé de quatorze ans, n'est pas encore pubère à l'époque de ma mort, ou si Titius, à l'époque de ma mort, n'a aucune capacité du droit.

Voici maintenant les règles applicables à ces différents cas :

Les conditions nécessaires n'étant pas des conditions véritables, l'acte où elles sont insérées demeure aussi valide que s'il n'y avait pas de condition (*g*). Le résultat serait absolument le même, si on les regarde comme des conditions véritables, mais déjà accomplies. Néanmoins, il n'est pas indifférent d'adopter l'un ou l'autre point de vue, car si elles étaient des conditions véritables, elles annuleraient les actes où toute condition est interdite (§ 116). Mais l'aete où

(*g*) L. 9, § 1, de nov. (XLVI, 2). « Qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo exstitura est, *pure videtur stipulari.* » L. 7, 8, de verb. oblig. (XLV, 1); L. 17, 18, de cond. indeb. (XII, 6) (sur les contrats). — L. 50, § 1, de her. inst. (XXVIII, 5) « ... heres erit, perinde ac si pure institutus « esset » (sur les testaments). Quant à ce dernier texte, voy. note *d*. — Je parlerai, à la fin du § 124, d'une exception remarquable relative au *legatum pœnæ nomine*. Une autre exception, beaucoup plus arbitraire, se trouve L. 13, quando dies (XXXVI, 2).

elles sont insérées, n'étant pas réputé conditionnel, elles ne portent aucune atteinte à sa validité.

Une condition semblable aux précédentes, est celle qui, incertaine de sa nature, était déjà accomplie au moment de la rédaction de l'acte, mais à l'insu de son auteur. Néanmoins, dans ce cas, l'acte est réellement fait sous condition, seulement sous une condition accomplie (*h*). En conséquence, un acte où toutes conditions sont interdites serait annulé par une semblable condition. Si, par exemple, un père institue pour héritier un *suus* sous une condition incertaine, accomplie à son insu, le testament est nul (*i*). Cette décision se fonde sur ce que le testateur avait en vue une condition véritable, et ainsi

(*h*) L. 10, § 1; L. 11, pr. de cond. (XXXV, 1): « Si sic legatum sit : *si navis ex Asia venerit*, et ignorante testatore « navis venerit testamenti facti tempore : dicendum, *pro impleta haberi.* » ... Pour donner un sens à ces mots *ignorante testatore*, il faut suppléer la proposition inverse sous-entendue : si le testateur savait l'arrivée du vaisseau, il ne s'agit plus alors d'une condition accomplie, mais d'un legs pur et simple.

(*i*) Telle est la seule différence importante entre ce cas et celui de la condition nécessaire. Pour le *dies cedens* d'un legs, il n'y a pas de différence; car dans le cas dont parle le texte, il s'agit uniquement du jour de la mort, puisque l'on a seulement égard à l'événement et non à la connaissance qu'en a eue le légataire.

donnait sciemment une forme illégale à son testament. Par la raison inverse, l'acte serait valable, si un auteur savait la condition déjà accomplie (note *h*); car alors, elle serait entièrement assimilée aux conditions nécessaires.

Les conditions impossibles, considérées abstractivement, présentent encore moins de difficultés que les conditions nécessaires. Il semblerait qu'elles annulent tout à fait par leur présence l'acte où elles se trouvent, et que dès lors il ne reste aucune place pour des questions secondaires. Néanmoins, le droit positif a établi des principes en grande partie contraires à ces conclusions.

A la vérité, cette règle naturelle existe pour les contrats. La condition impossible leur ôte tout effet, et cela sans distinction entre les stipulations et les contrats consensuels (*k*).

Mais il y a, pour les dispositions testamentaires, une règle différente. Les proculéiens voulaient qu'on appliquât le principe général; les sabiniens, au contraire, regardaient la condition comme non écrite, ce qui transformait la disposition testamentaire en une disposition pure

(*k*) Gaius III, § 98, § 11, J. de inut. stip. (III, 19); L. 7; L. 137, § 6, de verb. oblig. (XLV, 1); L. 1, § 11; L. 31, de oblig. et act. (XLIV, 7); L. 9, § 6, de reb. cred. (XII, 1); L. 29, de fidejus. (XLVI, 1).

et simple (*l*). La doctrine des sabiniens a été adoptée par le droit justinien (*m*); et, sans doute, depuis longtemps elle avait eu la préférence dans la pratique (*n*). — Avant de donner la raison de cette décision extraordinaire, je veux en signaler les conséquences.

Si une condition possible en soi fait défaut antérieurement au testament, même à l'insu du testateur, elle est assimilée à une condition impossible, et réputée non écrite (*o*), d'où il résulte que l'insertion d'une pareille condition dans un acte qui n'admet aucune condition ne nuit pas à la validité de l'acte. Sans doute, il y a là une dérogation au principe qui régit les con-

(*l*) Gaius, III, § 98.

(*m*) § 10, J. de her. inst. (II, 14); L. 3; L. 6, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 1; L. 6; L. 20, pr. de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 16, in *f.* de injusto (XXVIII, 3); L. 101, § 1, de leg. 1 (XXX, un.); L. 5, § 4, quando dies (XXXVI, 2). — Pour les conditions *perplexæ*, il existe une règle contraire. La disposition elle-même est nulle comme inséparable de la condition. Cf. les textes cités note *f.*

(*n*) Paulus, III, 4, B. § 1; L. 3, de cond. (XXXV, 1) : « *Obtinuit*, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro « nullis habendas. » Ce texte ne présente aucune trace d'interpolation, il semble, au contraire, attester la jurisprudence en vigueur du temps d'Ulpien.

(*o*) L. 6, § 1, de cond. (XXXV, 1). D'où l'on voit, en même temps, que cette application particulière fut lente à s'établir et trouva de l'opposition.

ditions déjà accomplies (note *h*); mais cette différence est une conséquence naturelle des règles positives auxquelles sont spécialement soumises les conditions impossibles.

Il en est autrement de la condition que le testateur lui-même a placée au passé ou au présent (§ 116). Si une pareille condition se trouve avoir fait défaut, alors même que le testateur eût été réellement dans l'incertitude, la disposition à laquelle elle se rattache est annulée (*p*). Si la règle qui considère la condition impossible comme non écrite ne trouve pas ici d'application, c'est que la condition n'est pas véritable, mais seulement apparente.

Si la condition est en partie possible, en partie impossible : pour la partie impossible, elle est réputée non écrite; pour l'autre partie, elle est valable et efficace (*q*).

Ces règles s'appliquent aux événements impossibles d'après les lois de la nature (impossibilité absolue), comme aussi à ceux dont l'accomplissement, possible en soi, trouve dans des circonstances particulières un obstacle invincible (impossibilité relative). Tel serait, par exem-

(*p*) L. 16, de injusto (XXVIII, 3), consacrée tout entière à ce sujet, sauf la fin qui est relative aux effets de la condition réelle, mais impossible.

(*q*) L. 45, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 6, § 1, de cond. (XXXV, 1).

ple, un payement à faire à des personnes déterminées, ou l'affranchissement de certains esclaves, si ces personnes ou ces esclaves n'avaient jamais existé, ou bien n'existaient plus quand l'acte a été passé : tel serait l'acquittement d'une dette, s'il n'y en avait pas eu de contractée (r).

On regarde encore comme impossibles les conditions dont l'accomplissement excéderait par trop les proportions ordinaires entre les moyens et la fin; on pourrait appeler ces conditions exorbitantes. Néanmoins, cette excessive difficulté doit être appréciée en général, et non pas relativement à un individu déterminé, car l'impossibilité subjective n'est pas prise en considération (s). Au reste, on ne saurait établir aucune règle générale sur la distinction entre cette espèce d'impossibilité et la difficulté simple, qui jamais ne dispense de l'exécution. Cette appréciation est abandonnée à la prudence du juge, qui se déterminera selon les circonstances particulières de chaque espèce. Voici quelques

(r) L. 72, § 7; L. 6, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 45, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 26, § 1, de statulib. (XL, 7). — Dans le premier de ces textes cette condition est appelée *falsa*, et avec raison, puisque l'impossibilité tient à la fausse supposition d'un fait.

(s) Si, par exemple, quelqu'un est chargé de payer une somme, et que sa pauvreté l'en empêche. Cf. L. 137, § 4, de verb. oblig. (XLV, 1).

exemples où l'on voit la difficulté assimilée à une impossibilité réelle. La condition, imposée par un testateur, de lui élever un monument funèbre dans les trois jours qui suivront sa mort, passe pour impossible; et cependant on conçoit qu'elle est rigoureusement exécutable, si l'héritier, instruit de la condition avant la mort, avait préparé, amené tous les matériaux, et employé un très-grand nombre d'ouvriers. Mais ici, comme de raison, on ne met pas en ligne de compte une réunion de circonstances aussi extraordinaires. De même encore, on déclare impossible l'affranchissement d'un esclave, sous la condition de payer à l'héritier 18,750,000 francs. Néanmoins, il ne serait pas inconcevable qu'un Lucullus voulût sacrifier cette somme énorme à la liberté d'un esclave (*t*).

(*t*) L. 6, de cond. inst. (XXVI, 7); L. 4, § 1, de statulib. (XL, 7): « ... aut si *tam difficilem, immo pene impossibilem* « conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non « possit, veluti si heredi millies dedisset. » ... La Vulgate porte *mille*, c'est-à-dire 187 ou 187,000 francs, selon que l'on entend des petits ou des grands sesterces, mais ce qui ne donne pas un sens satisfaisant. La leçon du manuscrit de Florence *miles* se prête à la correction de *milies* pour *millies*, c'est-à-dire, mille fois 100,000 sesterces ou 18,750,000 fr., ce qui est évidemment l'idée de l'auteur. — Au reste, je parle ici de l'immensité de la somme comme équivalent de l'impossibilité; j'expliquerai plus bas (§ 124, *h*) la décision même du texte.

Seulement il faut que l'impossibilité soit permanente de sa nature, et ne dépende pas d'un changement de temps ou de circonstances. Si donc un fait était possible au moment où il a été imposé comme condition, et que plus tard il cesse de l'être, la condition ne devient pas pour cela impossible, c'est-à-dire s'il s'agit d'une disposition testamentaire réputée non écrite, mais c'est une condition non accomplie, et qui annule l'institution d'héritier ou le legs qui en dépend (*u*). De même, dans un cas inverse, la condition qui primitivement n'était pas possible, mais susceptible de le devenir, passe pour une condition véritable et efficace; car celui qui l'a dictée peut avoir eu en vue sa possibilité future. Ainsi, par exemple, le legs fait à une esclave, sous la condition d'un mariage à venir, est valable, bien qu'à l'époque du testament, la légataire fût, comme esclave, incapable de contracter mariage; on doit attendre qu'elle

(*u*) L. 94, pr. de cond. (XXXV, 1); L. 19; L. 20, § 3, de statulib. (XL, 7); L. 23, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2). — Si, par exemple, un legs est fait sous la condition que le légataire payera à Titius une somme déterminée, la mort de Titius, postérieure au testament, fait défaillir la condition et entraîne la nullité du legs. Il n'en serait pas ainsi d'un affranchissement fait sous la même condition, parce que l'affranchissement jouit dans ce cas d'une faveur particulière. Cf. § 119, *m*, et Sell, p. 55.

soit affranchie, et qu'ensuite elle se marie (*v*). Sans doute, le changement qui détermine la possibilité doit être un événement ordinaire et vraisemblable; par exemple, l'affranchissement d'un esclave; sans quoi la prévision serait peu naturelle, quelquefois même blâmable, et la condition devrait être traitée comme absolument impossible. Telle serait, par exemple, la condition si un homme libre devient esclave, si une *res sacra* est rendue *profana* (*w*).

Les mêmes principes s'appliquent aux contrats. Si donc quelqu'un promet un présent de noces à la fille impubère d'un de ses amis, la promesse est valable, quoique cette fille soit, à l'époque de cette promesse, aussi incapable de contracter mariage que l'esclave à l'époque du

(*v*) L. 58, de cond. (XXXV, 1).

(*w*) L. 83, § 5, de verb. oblig. (XLV, 1) : « ... ut ne hæc « quidem stipulatio de homine libero probanda sit : illum « cum servus erit dare spondes? item : eum locum, cum ex « sacro religiosove profanus esse cœperit, dari? quia ... ea « duntaxat, *quæ natura sui possibilia sunt*, deducuntur in « obligationem ... et casum adversamque fortunam spectari « hominis liberi, *neque civile neque naturale est.* » ... L. 34, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1) : « nec enim fas est, ejusmodi « casus exspectare. » Cf. § 2, J. de inut. stip. (III, 20). — Ainsi l'on regarde comme un événement naturel et ordinaire, qu'un déporté, si toutefois il n'est pas *servus pœnæ*, obtienne sa grâce et recouvre le droit de cité. L. 59, § 1, 2, de cond. (XXXV, 1).

testament. Quoi de plus conforme, en effet, à la nature des conditions qui s'adressent à un avenir indéterminé, que la prise en considération de circonstances variables? Par la même raison, il en est autrement, si l'acte que le contrat promet sans condition est d'une nature illicite: alors le contrat est nul, quand même, par un changement de circonstances, cet acte pourrait changer de nature, et devenir licite (*x*). L'obligation résultant du contrat ne s'applique pas, comme la condition, à un avenir indéterminé, mais au présent; et si alors elle a un caractère illicite, le contrat est radicalement nul (*y*). Enfin, dans les conditions, on doit prendre seulement en considération les changements qui tiennent à des circonstances de fait, et non à une modification des dispositions législatives. Si donc on fait une promesse, sous la condition qu'une chose *sacra* ou *religiosa* sera aliénée, le contrat est radicalement nul, bien que l'on puisse concevoir qu'une loi nouvelle remette ces choses

(*x*) Si, par exemple, l'objet du contrat est un mariage entre des frères et sœurs adoptifs, bien que l'émancipation de l'une des parties puisse rendre le mariage licite. L. 35, § 1, de verb. oblig. (XLV, 1).

(*y*) C'est à cette règle, et non à l'appréciation des conditions, que se rapporte la L. 144, § 1, de R. J. (L. 17). « In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. »

dans le commerce (z); car il est dans la nature des conditions de compter sur le changement des circonstances de fait, et non sur celui des règles du droit.

§ CXXII. — III. *Déclarations de volonté. — Condition immorale.*

D'après les auteurs modernes, il existe, pour les conditions, trois espèces d'impossibilités, l'une physique, l'autre juridique et l'autre morale, selon que l'impossibilité tient aux lois de la nature, au droit ou aux bonnes mœurs (*a*).

(z) L. 137, § 6, de verb. oblig. (XLV, 1): « ... nec ad rem « pertinet, *quod jus mutari potest*, et id quod nunc impossi- « bile est, postea possibile fieri : *non enim secundum futuri* « *temporis jus, sed secundum præsentis*, æstimari debet sti- « pulatio. » Sans doute, on peut aussi rapporter ce texte aux changements dont il est parlé note *w*, mais l'interprétation que j'adopte me semble plus naturelle. Au reste, il est également vrai qu'un changement dans la législation n'est pas un de ces événements naturels dont l'attente puisse servir de base à des contrats. Sous ce rapport, la règle s'applique aux institutions d'héritier et aux legs. — Sell, p. 47, 51, ne tient pas compte de la différence essentielle que présentent les textes cités dans les notes précédentes, et il établit à tort une distinction entre les contrats et les testaments : ainsi, qu'un contrat est nul quand il était impossible au moment du contrat, lors même que plus tard il serait devenu possible.

(*a*) Sell, p. 19 sq., expose d'une manière très-complète

Cette classification doit être rejetée, parce qu'elle établit, entre des principes essentiellement différents, une similitude qui existe tout au plus dans leurs effets; ensuite elle conduit à attribuer à ces effets une complète similitude, ce qui n'est vrai qu'avec restrictions (*b*).

Ce qui distingue les conditions impossibles, c'est l'absence d'un caractère essentiel de la condition véritable, l'incertitude de l'événement; car elles ne laissent aucune place à la liberté humaine ou au hasard. Dans la doctrine que je combats, on place sur la même ligne les actes interdits par les règles du droit et par les règles de la morale. Ces derniers, étant tout à fait libres, demeurent toujours incertains, et cette incertitude est un élément essentiel de la condition qui manque aux conditions impossibles. Mais la confusion des idées vient surtout de ce que, dans cette doctrine, on réunit sous le nom d'impossibilités juridiques, deux cas très-différents : le testament ou le mariage d'un impubère est juridiquement impossible; le vol est toujours possible, mais interdit par les règles du

cette opinion des auteurs. — On devrait, par voie de conséquence, reconnaître une triple nécessité; si on ne le fait pas, cela tient au peu d'importance qu'ont en général les conditions nécessaires.

(*b*) Cette observation est très-bien présentée dans Arndts, p. 172 sq, p. 182, 183.

droit; quant au testament ou au mariage, nous savons que ces faits n'auront jamais lieu; quant au vol, cela est incertain.

Ainsi donc, l'on devrait plutôt distinguer les conditions illégales (*c*) et les conditions seulement immorales; mais comme toujours la condition illégale est en même temps immorale, il suffit d'employer l'épithète immorale pour désigner toute condition, soit positive, soit négative, entachée d'immoralité.

Les conditions immorales sont, quant à leurs effets, assimilées aux conditions impossibles. A la vérité, le texte principal que l'on a coutume de citer exprime cette assimilation, non pas en termes positifs, mais indirects, car il dit simplement que la condition immorale doit être regardée comme non potestative; aussi l'on n'admet pas qu'il soit au pouvoir de personne de faire un acte contraire aux bonnes mœurs (*d*). Mais, dans la réalité, cette assimilation n'est

(*c*) C'est-à-dire, *Leges*, *Senatusconsulta*, constitutions impériales, l'édit., etc. L. 14, 15, de cond. inst. (XXVIII, 7). S'il y avait doute sur ce point, on pouvait obtenir de l'empereur l'annulation de la condition. L. 2, § 44, ad Sc. Tert. (XXXVIII, 17). — Ici comme ailleurs *in fraudem legis* est synonyme de *contra legem*. L. 64, § 1; L. 79, § 4, de cond. (XXXV, 1); L. 7, de cond. inst. (XXVIII, 7). — La même règle s'applique aux conditions contraires à la *publica utilitas*; L. 13, § 1, de pollic. (L, 12).

(*d*) L. 15, de cond. inst. (XXVIII, 7). « Filius qui fuit in

pas douteuse, car pour les conditions immorales, comme pour les conditions impossibles, nous voyons la même distinction caractéristique entre les contrats et les dispositions testamentaires. Les contrats sont nuls, les legs et les institutions d'héritier réputés purs et simples.

Mais j'ajoute, et ce point est capital, que l'assimilation n'est nullement absolue; elle n'existe que là où elle est impérieusement nécessaire au maintien de la morale;

C'est-à-dire là où l'accomplissement de la condition entraînerait un mal moral.

Ce *criterium* nous permet seul de juger sûrement dans quels cas la condition immorale est réputée non écrite; la fiction que le mal est impossible à l'homme, en vertu de sa nature morale, ne suffirait pas, elle sert uniquement à nous montrer l'enchaînement des idées.

Le principal cas où ce principe trouve son application, est celui où une mauvaise action est

« potestate, sub conditione scriptus heres quam Senatus aut « Princeps improbant, testamentum infirmat patris, *ac si* « *conditio non esset in ejus potestate :* nam quæ facta lædunt « pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut ge- « neraliter dixerim, contra bonos mores fiant : *nec facere nos* « *posse credendum est.* » Cette doctrine est bien placée dans la bouche de Papinien qui mourut pour lui rester fidèle. — Cette assimilation est formellement exprimée dans la L. 137, § 6, de verb. oblig. (XLV, 1) : voy. la note suivante.

imposée comme condition d'un droit à acquérir, de sorte que cet intérêt serve de mobile à la mauvaise action. Insérée dans un contrat, une semblable condition rend le contrat radicalement nul (*e*); dans un testament, elle est réputée non écrite, et l'institution d'héritier ou le legs cessent d'être conditionnels (*f*), dans l'un et l'autre cas, précisément comme s'il s'agissait d'une condition impossible.

Cette assimilation existe encore dans le cas suivant, mais avec un résultat inverse. Si un père institue héritier un *suus* sous une condition immorale, on pourrait sauver la moralité en déclarant la condition non écrite, l'institution pure et

(*e*) L. 123, de verb. oblig. (XLV, 1) : « *Si flagitii faciendi* « *vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.* » Flagitii *faciendi* causa, il s'agit ici d'un acte immoral à faire sous la condition d'une récompense promise, et ainsi la condition a pour but d'assurer l'exécution de l'acte. — L. 137, § 6, eod. : « Cum quis sub hac conditione stipulatus sit... « ubi .. *id facere ei non liceat :* nullius momenti fore stipula- « tionem, *proinde ac si ea conditio, quæ natura impossi-* « *bilis est, inserta esset.* ... » Ce texte se rapporte presque en entier à des conditions réellement impossibles, mais impossibles en droit (§ 121).

(*f*) L. 9, de cond. inst. (XXVIII, 7) : « remittendæ sunt. » L. 14, eod. « ... pro non scriptis habentur, et perinde ac si « conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur « hereditas legatumve. » L. 27, pr. eod.; L. 5, C. de institut. (VI, 25); Paulus III, 4, B. § 2, « nullius sunt momenti. »

simple, et, par conséquent, valable. Mais il vaut mieux s'en tenir à l'assimilation. L'acte est considéré comme impossible, et dès lors la condition cesse d'être potestative; ainsi donc il n'y a plus d'institution du *suus* faite selon les formes légales, le testament tout entier est annulé, et le *suus* hérite *ab intestat* (note *d*). Ici le but moral se trouve atteint, en annulant complétement la disposition, et cela au moyen de l'assimilation des conditions immorales aux conditions impossibles.

Mais l'assimilation n'est pas admise dès qu'elle n'est plus indispensable à la moralité, ou pourrait la compromettre. Alors l'intérêt de la morale reste l'intérêt dominant; on se décide suivant les circonstances, et on n'a plus de fiction qui mène, comme la précédente, à un point de vue commun. Quelques exemples rendront la chose sensible.

Si quelqu'un se soumet à une peine conventionnelle, dans le cas où il ferait un acte immoral, cette convention est parfaitement licite, puisqu'elle est dirigée contre l'immoralité (*g*).

(*g*) L. 1, 2, C. si mancipium (IV, 56); L. 121, § 1, de verb. oblig. (XLV, 1). Ce dernier texte porte que si un mari stipule avec sa femme une peine conventionelle, dans le cas où, par la suite, il vivrait avec une ancienne concubine, cette stipulation « quæ *ex bonis moribus* concepta fuerat » est valable. — La L. 19, de verb. oblig. (XLV, 1) déclare

Si l'on regardait l'acte immoral comme impossible, la convention serait nulle (§ 121, *k*). — De même, quand un testateur enjoint à son héritier d'acquitter un legs, s'il commet un acte immoral, dès que l'acte a été commis, le legs est dû; autrement il ne l'est pas (*h*). Si l'on assimilait cette condition à une condition impossible, on devrait la regarder comme non écrite (§ 121, *m*). —Enfin, dans les contrats et dans les testaments, la condition qui a pour objet tout acte immoral d'un tiers est ordinairement valable et efficace. Si, par des circonstances particulières, la condition favorisait l'acte immoral, elle deviendrait alors

nulle la stipulation par laquelle un mari s'engage à payer une somme d'argent dans le cas où la séparation viendrait de son fait: « quia contenti esse debemus pœnis legum com« prehensis. » On pourrait considérer ce texte comme une prohibition générale d'ajouter aucune peine conventionnelle aux lois pénales de l'État. Mais ce texte se rapporte uniquement au mariage et il exprime ce principe incontestable, que la faculté de continuer ou de contracter un mariage ne doit pas être arbitrairement gênée, ce qui dès lors exclut aussi les peines conventionnelles. L. 134, pr. de verb. oblig. (XLV, 1); L. 2, C. de inut. stip. (VIII, 39). Cf. § 123, *e*.

(*h*) L'ancien droit défendait tous les *legata pœnæ nomine*, quelle que fût la nature de l'acte imposé ou interdit à l'héritier. Justinien les permit d'une manière générale, c'est-à-dire, aussi dans le cas où le testateur enjoindrait à son héritier de s'abstenir d'un délit ou de remplir un devoir (§ 117, notes *l*, *m*, *n*). On verra dans la note suivante le seul cas où il y ait prohibition.

entachée d'immoralité. Mais l'assimilation complète aurait l'inconvénient de faire considérer la condition comme impossible, alors même que ces circonstances particulières n'existeraient pas.

Si quelqu'un se soumet à une peine conventionnelle, dans le cas où il s'abstiendrait d'un délit ou remplirait un devoir, la convention est évidemment nulle alors même qu'aucun texte n'aurait prévu ce cas. Si l'on voulait assimiler les lois de la morale à celles de la nature, il faudrait regarder la condition comme nécessaire, et le contrat comme fait sans conditions (§ 121, *g*). — De même, si un testateur impose à son héritier un legs comme une peine, dans le cas où il ne s'abstiendrait pas d'un délit ou ne remplirait pas un devoir, l'assimilation nous conduirait à regarder la condition comme nécessaire et le legs comme non conditionnel; et néanmoins Justinien prononce formellement la nullité du legs, ce qui sert évidemment mieux les intérêts de la morale (*i*).

Si quelqu'un se fait promettre de l'argent, sous la condition de s'abstenir d'un délit ou de remplir un devoir, l'assimilation nous conduirait à regarder la condition comme nécessaire,

(*i*) § 36, J. de legatis (II, 20); L. un. C. de his quæ pœnæ (VI, 41), à la fin de ces deux textes. Ainsi donc voici le seul cas où subsiste encore l'ancienne prohibition des *legata pœnæ nomine* (note *h*).

et à admettre la validité du contrat comme non conditionnel; néanmoins, le contrat est radicalement nul (*k*), et ici encore l'assimilation ne trouve pas à s'appliquer. Cette décision est énigmatique, car le contrat a un but moral. On pourrait en donner pour motif que la récompense promise altère la pureté des idées morales, en substituant le mobile de l'intérêt au sentiment du devoir. Cette argumentation est trop subtile pour les matières du droit, car elle condamnerait aussi la stipulation d'une peine dans le cas d'un acte immoral, stipulation qui est cependant permise (*l*). Le véritable motif est plutôt qu'un pareil contrat pourrait mener à d'indi-

(*k*) L. 7, § 3, de pactis (II, 14). « Si ob maleficium, *ne fiat*, « promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione; » c'est-à-dire, si je promets de l'argent à quelqu'un à condition de s'abstenir d'un délit. — La lettre de ce texte pourrait aussi se rapporter à la stipulation d'une peine conventionnelle, dans le cas où le *promissor* commettrait un délit, mais alors ce texte serait en contradiction formelle avec ceux cités note *g*.

(*l*) Voy. plus haut, note *g*. — Plusieurs auteurs cherchent le *turpe* dans cette circonstance, qu'il est contraire à l'honneur d'accepter un avantage pécuniaire pour l'accomplissement d'un devoir. On peut se laisser aisément égarer par ces exagérations de morale. Jamais personne ne s'est scandalisé de voir reconnaître par une gratification les bons services d'un employé ou offrir un présent à celui qui a exposé sa vie pour sauver celle d'un autre.

gnes spéculations; en effet, celui qui se trouverait gêné par la condition imposée à un autre, de s'abstenir d'un délit ou de remplir un devoir, pourrait exciter à commettre le mal moral, par la promesse d'une récompense; or ce danger n'existe pas dans la convention d'une peine pour le cas d'un délit, et voilà pourquoi elle est permise (note *g*). Ce danger n'existe pas davantage, quand un testateur impose à son héritier ou à un légataire la condition de s'abstenir d'un délit ou d'accomplir un devoir; si donc on ne trouve dans les sources aucune prohibition à cet égard, ce n'est pas une omission accidentelle, mais une conséquence de la distinction précédente. — J'ajoute que cette règle a des ramifications plus étendues qui ne laissent aucun doute sur son motif. En effet, si une somme a été, non pas promise, mais payée comptant, afin de déterminer quelqu'un à s'abstenir d'un délit ou à remplir un devoir, cette somme peut être répétée en vertu d'une *condictio ob turpem causam* (*m*). De là résulte, à plus forte raison, la nullité d'une simple promesse de payement (*n*).

(*m*) L. 2, pr., § 1, 2; L. 4, § 2; L. 9, pr., § 1, 2, de cond. ob turpem (XII, 5); L. 6, 7, C. eod. (IV, 7).

(*n*) L. 1, C. de cond. ob turpem (IV, 7). — En effet, le droit à la *condictio* entraîne toujours le droit à l'*exceptio*, mais non réciproquement. Si, par exemple, on promet de l'argent à un juge pour rendre une sentence injuste, cette promesse

Mais il résulte aussi de tout ce qui précède, que la nullité peut seulement être invoquée, lorsque celui qui a promis ou donné a eu pour mobile une crainte ou une espérance. Tous les textes cités (notes *k*, *m*, *n*) se rapportent à des cas où l'intérêt personnel du donateur est évident, ou du moins facile à présumer. Mais si quelqu'un, voulant corriger un ivrogne, lui promettait une somme d'argent, sous la condition qu'il ne s'enivrerait pas pendant un an, la promesse serait valable; car son auteur n'a aucun intérêt personnel à l'accomplissement de la condition; et ainsi il n'est pas à craindre que l'ivrogne, par la menace de continuer ses habitudes vicieuses, ait exercé une influence injuste sur l'esprit de celui-ci.

§ CXXIII. — III. *Déclarations de volonté. — Condition immorale.* (Suite.)

Jusqu'ici j'ai parlé des conditions dont l'objet est une action honteuse en soi; mais il existe un grand nombre de cas où une action innocente en soi ne prend un caractère d'immoralité que parce qu'il est défendu de l'imposer comme con-

n'est pas obligatoire, vu l'immoralité de la condition; mais la somme une fois payée ne peut être répétée, parce que le donateur est complice de l'immoralité. L. 3, de cond. ob turpem (XII, 5).

dition dans certains actes juridiques. Parmi ces cas, quelques-uns présentent des déviations importantes aux règles générales exposées précédemment (§ 122).

I. Par rapport au mariage les conditions suivantes sont interdites.

A. La condition d'un célibat perpétuel, et cela par une disposition expresse de la lex Julia (*a*). Cette disposition n'a rien que de naturel dans une loi qui, par un système de récompenses et de peines, cherchait de toutes manières à encourager le mariage.

B. Le divorce, lorsqu'il est imposé, comme tout à l'heure le célibat, pour condition d'un avantage pécuniaire (*b*). En effet, le divorce était aux yeux des Romains un mal réel dont la tolérance ne pouvait se justifier que par une nécessité morale.

(*a*) L. 22; L. 63, § 1; L. 72, § 5; L. 74; L. 77, § 2; L. 100, de cond. (XXXV, 1); L. 65, § 1, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1); Paulus, III, 4, B. § 2. — Cette condition, même indirecte, est également prohibée, si un legs, par exemple, est fait au père ou au fils de celui qui doit rester célibataire. L. 79, § 4, de cond. (XXXV, 1). Il en est de même de la prohibition d'épouser une personne déterminée, si par des circonstances particulières cette personne devait trouver difficilement à se marier. L. 64, § 1, de cond. (XXXV, 1). La condition de viduité, après la dissolution d'un premier mariage, par la mort d'un des conjoints, a eu des destinées particulières. Justinien a fini par la permettre. Cf. Sell, p. 178.

(*b*) L. 8, § 1, de usu (VII, 8); L. 5, C. de inst. (VI, 25).

Exciter au divorce par des considérations intéressées devait donc passer pour un acte immoral.

C. La soumission à la volonté d'un tiers pour le choix d'un époux, comme condition d'un avantage pécuniaire (*c*).

D. Toute peine conventionnelle de nature à porter atteinte à la liberté qui doit régner en matière de mariage. Ainsi une peine en cas de non-réalisation d'un mariage déterminé (*d*), ou bien encore en cas de divorce (*e*).

D'après les termes de plusieurs textes cités plus haut on pourrait croire que toute condition tendant à établir, en fait de mariage, une in-

(*c*) L. 28, pr.; L. 72, § 4, de cond. (XXXV, 1), et d'après ce dernier texte le principal motif est que cette condition peut entraîner le célibat : « eamque legis sententiam videri, « ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur. » Cf. § 119, *t*.

(*d*) L. 71, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 134, pr. de verb. oblig. (XLV, 1). « ... quia inhonestum visum est, vinculo « pœna matrimonia obstringi, sive futura, sive jam con- « tracta. » Dans l'espèce de ce dernier texte, la peine devait être payée, non par la femme elle-même refusant de se marier, mais par les héritiers du père qui avait stipulé la peine; cette clause même du contrat est déclarée illicite.

(*e*) L. 2, C. de inut. stip. (VIII, 39). (D'après ce principe : « Libera matrimonia esse antiquitus placuit. ») L. 134, pr. de verb. oblig. (XLV, 1), verb. « sive jam contracta » (note *d*). L. 19, eod. (Voy. § 122, *g*).

fluence intéressée est déclarée immorale; mais il n'en est pas ainsi, car les conditions suivantes sont formellement reconnues valables et efficaces. D'abord l'institution d'héritier ou le legs, sous la condition de contracter mariage en général (*f*), et même sous condition d'épouser (*g*) ou de ne pas épouser une personne déterminée (*h*), bien que ce dernier cas pût sembler douteux. Il est également permis, sauf dans certaines circonstances particulières, de promettre de l'argent à une personne sous la condition de l'épouser (*i*). Sans

(*f*) Sell, p. 162. Cela résulte de la validité de la condition suivante où celle-ci est impliquée, mais avec une restriction bien plus grande de la liberté.

(*g*) L. 63, § 1; L. 71, pr., § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 2, C. de inst. (VI, 25). — Si le mariage viole les convenances, la condition n'est pas valable, non-seulement parce qu'elle impose une chose inconvenante, mais parce quelle mène au célibat, d'une manière indirecte. L. 63, § 1, cit. — Si la personne désignée refuse le mariage, la condition est réputée accomplie (§ 119, *c*). — Le legs fait conjointement à deux personnes sous la condition de s'épouser, est une forme particulière de ce genre de dispositions (L. 31, de cond. (XXXV, 1).

(*h*) L. 63, pr.; L. 64, pr. de cond. (XXXV, 1), sauf le cas mentionné note *a*, d'après la L. 64, § 1, eod.

(*i*) L. 97, § 2, de verb. oblig. (XLV, 1). « Si tibi nupsero « decem dare spondes? *causa cognita* actionem denegandam « puto : *nec raro* probabilis causa ejusmodi stipulationis est. « Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est. » Sell, p. 175, s'est singulièrement mépris sur le sens de ce

doute si l'on suppose le consentement acheté, et vendu, le contrat est indigne et par conséquent nul; mais on peut interpréter cette convention d'une manière toute différente et qui n'ait rien de blâmable. Supposons qu'une femme pauvre, soutenant ses parents par son travail, se fasse promettre une somme d'argent et la restitue ensuite au mari à titre de dot, afin d'assurer sa subsistance en cas de veuvage, on n'a rien à objecter contre un pareil calcul.

Si l'on compare ces cas licites avec ceux qui ne le sont pas, on obtient les résultats suivants : les peines conventionnelles sont interdites quand elles ont pour but de gêner d'une manière quelconque la liberté en fait de mariage. Des avantages pécuniaires peuvent être des conditions valables de mariage; les conditions absolument interdites sont le célibat, le divorce, la soumission

texte. D'abord il n'a pas aperçu la force négative de causa cognita qui ici comme dans d'autres textes équivaut à : *non-nisi* causa cognita, c'est-à-dire, à moins de circonstances particulières résultant de l'examen de la cause. Ensuite Sell considère ce cas comme rentrant dans la prohibition des donations entre époux, tandis qu'il s'agit ici d'un *datum ob causam*. La règle est la même pour le mari que pour la femme (*item*), c'est-à-dire, aussi *causa cognita* et *nec raro*. Ces mots *non in dotem* expriment qu'il eût été déraisonnable de mettre en doute ou de subordonner à une *causæ cognitio* la validité d'une *dotis stipulatio*, contrat si habituel et toujours si favorable.

à la volonté d'un tiers. Dans tous les autres cas l'appréciation de la moralité de la condition dépend des circonstances particulières. — On voit qu'en général les peines sont regardées comme plus dangereuses pour la liberté que des avantages proposés. Cette doctrine, fondée sur l'observation générale de la nature humaine, est encore justifiée par une circonstance particulière. Les avantages pécuniaires comme les peines conventionnelles ne sont pas toujours destinés à exercer sur la volonté une influence intéressée, ils peuvent encore servir comme moyen de réaliser une intention irréprochable en soi. Si, par exemple, la fille d'un père pauvre ou avare a de l'amour pour un homme pauvre et de l'aversion pour un riche, un testateur bienfaisant peut seconder ces inclinations en lui laissant un legs considérable, sous la condition d'épouser le pauvre ou de ne pas épouser le riche.

II. La condition imposée à un légataire, d'habiter toujours un lieu déterminé ou de soumettre le choix de son domicile à la volonté d'un tiers, est une condition interdite, comme une restriction excessive de la liberté humaine (*k*). Néanmoins le patron peut valablement imposer une semblable condition à son affranchi (*l*).

(*k*) L. 71, § 2, de cond. (XXXV, 1). Cf. Sell, p. 189.

(*l*) L. 71, § 2; L. 13, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 44, de

III. Est réputée immorale la peine conventionnelle à laquelle on se soumet dans le cas où l'on n'instituerait pas pour héritier une personne déterminée (*m*). En effet, il est de principe que chacun doit conserver jusqu'à sa mort la liberté absolue de disposer de ses biens de la manière la mieux appropriée aux circonstances.

IV. Enfin, plusieurs auteurs soutiennent, et avec de bonnes raisons, que la condition de changer ou de ne pas changer de religion est immorale (*n*). En effet, une détermination de ce genre est purement une affaire de conscience, et au point de vue du droit tout à fait irréprochable. Mais on ne pourrait, sans de graves inconvénients, faire intervenir des considérations intéressées dans une matière qui est exclusivement du for intérieur, et c'est se conformer aux principes posés par le droit romain, dans des cas analogues, que déclarer cette condition immorale et la regarder, par conséquent, dans un contrat comme cause de nullité, dans un testament comme non écrite.

Dans tous les cas exposés jusqu'ici nous avons vu les effets ordinaires des conditions immorales

manum. test. (XL, 4); L. 18, § 1, 2, de alim. (XXXIV, 1), et les textes cités § 119, note *s*.

(*m*) L. 61, de verb. oblig. (XLV, 1).

(*n*) Sell, p. 142, où cette question est très-bien traitée. Depuis, Vangerow, Pandekten, I, 110, s'est déclaré pour la validité absolue de cette condition.

(§ 122). En voici d'autres qui présentent des déviations de plus d'un genre, mais toutes relatives aux dispositions testamentaires et étrangères aux contrats.

V. *Conditio jurisjurandi*, c'est-à-dire, la condition que l'héritier ou le légataire s'engageront par serment à exécuter une prestation. Voyons d'abord ce qui arriverait si la condition était valable. Le serment serait prêté, et la condition ainsi accomplie, là s'arrêteraient ses effets juridiques. L'accomplissement de l'acte ordonné demeure abandonné à la conscience de l'héritier ou du légataire, sans que le droit fournisse aucun moyen de contrainte, et le testateur l'a voulu ainsi, puisqu'il a mieux aimé imposer, comme condition, le serment d'accomplir l'acte que l'accomplissement même de l'acte (*o*).

L'édit du préteur ne permet pas que les choses se passent ainsi, d'après les considérations suivantes. Des hommes légers prêteraient le serment et ne l'exécuteraient pas; ainsi la religion se trou-

(*o*) C'est ce que dit littéralement Ulpien, L. 8, pr. de cond. inst. (XXVIII, 7), à la fin du texte. Ainsi donc les auteurs se trompent quand ils voient, dans le testament, deux conditions également obligatoires en droit, l'une de jurer, l'autre d'accomplir l'acte ordonné. Thibaut, Pandekten, § 954, num. III, Sell, p. 235. — La seconde obligation ne résulte pas du testament, mais de la transformation artificielle dont je vais parler tout à l'heure.

verait offensée, le testateur trompé dans son attente, et une conduite indigne procurerait un bénéfice injuste. D'autres, par des scrupules exagérés, aimeraient mieux renoncer à tout que de prêter le serment (*p*), et l'attente du testateur serait encore trompée. Cette voie ouverte à l'immoralité, et le peu de garanties que trouve l'exécution des volontés du défunt, ont motivé la prohibition de cette condition (*q*). Le préteur

(*p*) C'est ce que dit Ulpien, L. 8, pr. de cond. inst. (XXVIII, 7). Walch, Opusc. I, 188, attaque cette assertion par suite d'une méprise singulière, comme si Ulpien niait qu'il existât une troisième classe de personnes d'une religion éclairée qui jureraient sans aucun scrupule et tiendraient leur serment. Voici le sens de ce texte. Si tous les hommes étaient à la fois éclairés et religieux, la *conditio jurisjurandi* n'offrirait aucun inconvénient. Mais comme ces deux qualités se trouvent rarement réunies, et que le légataire peut fort bien n'en posséder qu'une, la condition est prohibée.

(*q*) On a souvent donné de cette règle de fausses explications. Walch, Opusc. I, 191, prétend que d'après la doctrine des stoïciens le serment était chose trop sainte pour le faire servir à des intérêts humains. Mais comment concilier cette assertion avec l'importance et l'emploi si fréquent, chez les Romains, du *jusjurandum delatum*, qui toujours avait pour objet un intérêt pécuniaire? — Sell, p. 235, dit qu'il serait injurieux pour le légataire de ne pas se contenter de son obligation d'accomplir l'acte prescrit, et d'y ajouter, par méfiance, la prestation d'un serment. D'abord cette obligation n'existe pas (note *o*), et quand même elle existerait, la prestation d'un serment n'est pas plus injurieuse que la

commence par annuler la condition en la réputant non écrite (*remittit* prætor conditionem) (*r*); s'il s'arrêtait là, la volonté du testateur, qui n'a rien exigé de blâmable, se trouverait tyranniquement violée. On pouvait encore envisager directement l'acte comme condition, et telle est effectivement l'opinion adoptée par plusieurs; mais ce serait outre-passer beaucoup la volonté du testateur, car l'exécution de l'acte devrait toujours précéder l'acquisition du droit, ce que le testateur n'a pas ordonné, et, en matière de legs, le *dies cedens* étant retardé, l'existence même du droit se trouverait compromise. Ce n'est pas là non plus ce que fait le préteur, car il considère la disposition comme pure et simple (*s*); seule-

dation d'une caution, garantie que le testateur pouvait ajouter à l'obligation principale. Sell a été induit en erreur par les mots *turpis* et *turpiter* (L. 8, pr. de cond. inst.; L. 20, de cond.), mais ces mots n'impliquent pas nécessairement une idée de déshonneur, ils désignent aussi toute atteinte portée à un intérêt moral.

(*r*) L. 26, pr.; L. 20 de cond. (XXXV, 1); L. 8, pr., § 1-5, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 29, § 2, de test. mil. (XXIX, 1); L. 14, § 1, de leg. 3 (XXXI, un.). — C'est à tort que l'on rapporte au même principe la L. 112, § 4, de leg. 1 (XXX, un.); ce texte parle d'un serment écrit par le testateur lui-même.

(*s*) Ce principe, méconnu par plusieurs auteurs (Sell, p. 253), est d'une haute importance. Contenu d'abord dans ces mots souvent cités, *remissa* conditio, il est reconnu dans la

ment, on contraint l'héritier ou le légataire à exécuter l'acte qu'il aurait dû jurer, en d'autres termes, on transforme la condition en *modus* (*t*). L'exécution de la volonté du testateur se trouve ainsi mieux garantie que par le serment, et la morale ne court aucun danger.

Néanmoins, ce n'est là qu'un droit accordé à l'héritier ou au légataire institué conditionnellement (*remittit* conditionem). Du reste, le serment n'est pas prohibé, et sa prestation volontaire est

L. 26, pr. de cond. (XXXV, 1), et dans la L. 8, § 7, de cond. inst. (XXVIII, 7) (Cf. § 119, *u*); mais il est surtout écrit dans la L. 8, § 8, eod. L'erreur tient à deux circonstances. D'abord le mot *conditio* du § 7, mais qui s'explique parce que l'ensemble de la disposition était *originairement* une condition; ensuite la L. 8, § 6, eod., n'accorde à l'héritier les actions dérivant de la succession que quand il a accompli l'acte ordonné par le testateur. Mais c'est là l'unique moyen d'imposer un *modus* à un héritier universel. En outre, cette voie de contrainte se distingue essentiellement d'une condition ayant pour objet l'exécution du même acte. On refuse seulement à l'héritier l'*exercice* de certains droits de la succession; l'hérédité même lui est entièrement acquise et après sa mort passe à ses héritiers. S'il s'agissait d'une condition, et qu'il mourût avant de l'avoir accomplie, ses héritiers ne recueilleraient rien.

(*t*) Voy. les trois premiers textes cités note *s*. — Ici se montre l'importance pratique de la différence existant entre ce cas et les conditions immorales proprement dites, qui sont complétement annulées.

une *pro herede gestio* (*u*); mais le changement de la condition en *modus* subsiste toujours, autrement la mesure serait sans but et sans résultats.

La condition du serment est, par exception (*v*), autorisée dans les cas suivants. D'abord, quand une disposition testamentaire est faite en faveur d'une ville, sous la condition du serment, les magistrats municipaux doivent jurer (*w*). Cette exception se fonde sur ce qu'une ville ne saurait être ni légère ni timorée, et la moralité de ses magistrats ne présente aucun danger, puisqu'ils sont sans intérêt personnel. — Ensuite, lorsqu'un esclave est affranchi sous la condition d'une promesse avec serment (*x*). Cette exception se fonde sur ce que la plupart des actes qui peuvent être imposés à un homme libre comme conditions, ne peuvent l'être à un esclave à cause de son inca-

(*u*) L. 62, pr. de adquir. her. (XXIX, 2); on y lit : « si « juraverit, heres esto. » Plusieurs ont cru qu'il s'agissait ici d'une simple prestation de serment sans objet déterminé. Le jurisconsulte a évidemment omis cet objet qui n'est ici d'aucune importance.

(*v*) L. 20, de cond. (XXXV, 1). « Non dubitamus, quin « turpes conditiones remittendæ sint : quo in numero *ple-* « *rumque* sunt etiam jurisjurandi. » Le mot *plerumque* indique des cas exceptionnels.

(*w*) L. 97, de cond. (XXXV, 1). Voy. § 92, *n*.

(*x*) L. 12, pr., § 1, de manum. test. (XL, 4).

pacité du droit. Au reste, le serment prêté par l'esclave n'était pas juridiquement obligatoire, c'était celui prêté par l'affranchi (*y*); mais on comptait qu'un sentiment religieux engagerait l'esclave affranchi par son premier serment à en prêter un nouveau qui donnerait lieu à une action en justice (*z*). — De ce cas est venue sans doute la coutume d'exiger un serment comme condition d'une disposition testamentaire; dans la suite, des testateurs imposèrent cette condition à des hommes libres, et voilà ce qui détermina la prohibition de l'édit.

L'interdiction de la *conditio jurisjurandi* s'applique aux testaments, mais non aux contrats (*aa*); sans doute parce que chacun peut s'assurer aisément que les dispositions morales de

(*y*) L. 36, de man. test. (XL, 4); L. 7, pr., § 1, 2, de op. lib. (XXXVIII, 1). L'affranchi par testament pouvait jurer avant ou après (L. 7, § 2, cit.). Dans le cas de la *manumissio vindicta*, le serment, pour être obligatoire, devait être prêté *incontinenti*. L. 44, pr. de lib. causa (XL, 12).

(*z*) Ainsi, pour la *manumissio vindicta*, on employait cette précaution et l'on faisait jurer l'esclave auparavant. L. 44, pr. de lib. causa (XL, 12). La *conditio jurisjurandi*, imposée par testament, reposait évidemment sur la même supposition.

(*aa*) L. 19, § 6, de don. (XXXIX, 5). On suppose la validité de la condition, puisque l'on observe simplement que ce n'est pas une donation, mais un *datum ob causam*. Sell, p. 245.

celui avec qui il traite rendent cette condition sans dangers.

* VI. La condition qui donne à une disposition testamentaire le caractère de la captation est prohibée, mais alors elle n'est pas réputée non écrite; elle annule la disposition tout entière (*bb*).

VII. Enfin, étaient anciennement prohibées les dispositions testamentaires faites *pœnæ causa;* et ici encore la disposition tout entière était annulée, non pas seulement la condition. Justinien a levé cette prohibition (§ 117, notes *l*, *m*, *n*).

§ CXXIV. — III. *Déclarations de volonté. — Condition impossible et immorale.* (Suite.)

Il me reste à traiter quelques questions dont la solution est la même pour les conditions impossibles et pour les conditions immorales.

La première est relative à la connaissance que peut avoir de l'empêchement celui qui dicte la condition. On suppose ordinairement qu'il connaît l'empêchement, et que cela ne le détourne pas d'imposer la condition. Mais s'il ne le connaît pas, et est dans l'erreur sur la nature spéciale de la condition? Une semblable erreur n'est guère concevable pour les conditions absolument im-

(*bb*) Sell, p. 295. — L'exposition detaillée de cette matière rentre dans le droit de succession.

possibles et pour les conditions immorales; mais elle se conçoit très-bien si l'impossibilité n'est que relative: si, par exemple, un testateur institue un héritier sous la condition de payer une somme d'argent à une personne déterminée, qui, à l'insu du testateur, était déjà morte à l'époque du testament. La question est controversée; mais déjà nous devrions reconnaître que la circonstance de l'erreur est ici indifférente, par cela seul que les sources du droit parlent des conditions impossibles en termes généraux, sans aucun égard à cette distinction. J'invoquerai, en outre, une analogie remarquable. Lorsque dans un contrat, non pas la condition, mais l'acte même promis est relativement impossible, le contrat est nul, quoique les parties contractantes aient ignoré cette impossibilité (*a*). Enfin, je montrerai dans le présent paragraphe que les règles sur les conditions impossibles sont déduites du cas de l'erreur.

Tout ce que j'ai dit jusqu'ici sur les conditions impossibles et immorales se rapporte aux conditions suspensives; je dois maintenant montrer l'application de ces règles aux conditions résolutives, mais en peu de mots, car déjà le silence des sources nous prouve le peu d'importance du sujet. La question ne se présente aussi que

(*a*) Sell, p. 77, sq.

par rapport aux contrats (§ 120). — Si nous nous en tenons à la définition de la condition résolutive comme condition suspensive relativement à l'annulation du contrat, l'impossibilité détruit cette chance d'annulation, et dès lors le contrat vaut comme s'il eût été fait sans condition résolutive. Quelle que soit en général l'évidence de cette conclusion, la restriction suivante ne souffre guère d'objection. En effet, s'il s'agit d'une condition immorale, les parties peuvent lui donner la forme d'une condition résolutive, uniquement pour éluder la prohibition; et alors on doit prendre les mesures nécessaires pour sauver la moralité. Si donc quelqu'un promet à un autre cent livres sous la condition résolutive que celui-ci maltraitera un tiers, le contrat est nul. Mais on peut donner au contrat la forme d'une promesse, sous la condition résolutive que les mauvais traitements n'auront pas lieu. D'après la lettre de la règle énoncée plus haut, la condition résolutive disparaîtrait, et la promesse devrait recevoir son exécution. Mais l'intention des parties est absolument la même que si elles eussent pris la forme de la condition suspensive; l'intention immorale ne doit pas recevoir de récompense au moyen de la donation, et le contrat doit être annulé tout entier.

Enfin, il me reste à résoudre, tant pour les conditions impossibles que pour les conditions

immorales, la question la plus importante : Quel est le motif des règles exposées plus haut, et notamment de cette règle singulière qui fait maintenir comme pure et simple la disposition testamentaire faite sous une pareille condition? Quel est aussi le motif de la distinction établie à cet égard entre les testaments et les contrats?

Voici quelle est, au premier abord, la filiation des idées. Les conditions impossibles sont réputées non écrites; or, les conditions immorales étant impossibles pour les gens honnêtes, on doit leur appliquer juridiquement le principe qui régit les conditions impossibles. Cette association d'idées nous reporte à peu près à ce type mentionné dans les sources du droit : *Si digito cœlum tetigerit, heres esto.*

Mais dans ce système, tout paraît inexplicable. Si d'abord nous envisageons la condition sous le côté logique, nous arrivons à un résultat opposé. En effet, l'existence ou la non-existence du fait objet de la condition, doit déterminer l'existence ou la non-existence du rapport de droit. Telle est l'essence de la condition. Que la condition soit impossible ou vienne à manquer accidentellement, dans les deux cas la non-existence du fait n'est pas douteuse. Cette identité est formellement reconnue en matière de contrats, pourquoi ne l'est-elle pas en matière de testaments? Déjà Gaius trouvait cette distinction

difficile à motiver; bien que fidèle aux doctrines de sa secte, il n'admit pas moins la règle (*b*).

Mais si, abstraction faite de la logique rigoureuse, on envisage la chose sous le côté pratique, c'est-à-dire, si l'on recherche l'intention vraisemblable du testateur, il est naturel de croire qu'en faisant une semblable disposition, le testateur n'a pas agi sérieusement, et qu'il a joué avec les mots. Cette présomption est effectivement admise pour les contrats (*c*). Non moins vraisemblable pour les testaments, elle se trouve même une fois exprimée d'une manière formelle (*d*). Aussi les pro-

(*b*) Gaius, III, § 98 : « ... diversæ scholæ auctores non « minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. *Et* « *sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.* » La leçon de *vix*, conforme aux indications du manuscrit vérifié par Blume, est d'ailleurs évidente d'après l'ensemble du texte.

(*c*) L. 31, de oblig. et act. (XLIV, 7) : « ... quorum procul « dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi « existiment adposita ea conditione quam sciant esse impos- « sibilem. »

(*d*) L. 4, § 1, de statulib. (XL, 7). Cette loi porte qu'un affranchissement par testament est nul dans les trois cas suivants : 1° Si l'affranchissement est remis à une époque où il est certain que l'esclave n'existera plus; 2° si l'affranchissement est fait sous la condition de payer *millies* (§ 121, *t*); 3° ou s'il doit commencer à la mort de l'esclave. Voici les derniers mots de ce texte : « sic enim libertas inutiliter datur, « et ita Julianus scribit, *quia nec animus dandæ libertatis* « *est.* » Cf. note *i*.

culéiens voulaient-ils mettre sur la même ligne les testaments et les contrats (note *b*). Les sabiniens soutenaient une opinion contraire que Justinien a adoptée, et cela est regardé ordinairement comme une disposition législative introduite en faveur des actes de dernière volonté (*e*). Je montrerai plus bas dans quel sens et jusqu'à quel point cette explication peut être admise, mais elle ne saurait l'être d'après le sens direct des mots et telle qu'on a coutume de l'entendre. En effet, une semblable faveur devrait avoir pour but de protéger la volonté réelle du testateur contre la rigueur des formes légales.

Pour obtenir une explication satisfaisante, il faut renverser la filiation des idées et reconnaître qu'on s'est occupé d'abord des conditions immorales; qu'après les avoir déclarées non écrites, on a appliqué ce principe aux conditions impossibles, et que les unes et les autres ont été à cet effet déclarées identiques. Si je parviens à établir cette proposition, j'aurai en même temps écarté une autre difficulté. On ne comprend guère que les Romains aient, dans leurs testaments, imposé des conditions absolument impossibles, assez souvent, pour donner de l'importance à cette question. Si les anciens jurisconsultes en

(*e*) C'est ainsi que Sell, p. 38 sq., après avoir essayé plusieurs explications subtiles, finit par en revenir à cette *favor testamentorum*.

donnent des exemples, c'est afin de rendre la chose sensible et évidente. Les conditions immorales pouvaient, au contraire, se présenter sous un grand nombre de formes diverses; de là un intérêt pratique à établir des règles que, plus tard, on aura complétées en les étendant aux conditions impossibles.

Examinons maintenant les conditions immorales en elles-mêmes, abstraction faite de la fiction qui déclare impossibles les actes immoraux. La première chose et la plus évidente, c'est que la condition ne doit pas produire d'effet, car cela serait favoriser le mal moral. Mais ce but peut être atteint par deux voies différentes, soit en annulant la transaction tout entière, soit en réputant la condition non écrite et la transaction pure et simple. Justinien, d'accord avec la doctrine des sabiniens, a adopté le premier moyen pour les contrats, le second pour les testaments, et nous avons à chercher le motif de cette différence.

Pour les contrats, la règle est motivée sur ce que, séparer la condition de la promesse, ce serait, dans la plupart des cas, aller évidemment contre la volonté des parties. Lorsque quelqu'un promet cent livres pour la perpétration d'un délit, si l'on retranche du contrat seulement la condition, on transforme arbitrairement le contrat en une donation contre l'intention non dou-

teuse de celui qui a fait la promesse. J'ajoute que cette décision serait injuste en soi, car elle assurerait un bénéfice à l'autre partie, quoique complice de l'immoralité. Dans le cas même où, par une combinaison de circonstances extraordinaires, les parties auraient fait le contrat indépendamment de la condition, rien n'est perdu pour elles, puisqu'elles sont toujours libres de le renouveler en retranchant la condition.

Pour les testaments, nous trouvons précisément le contraire. Le testateur a évidemment l'intention de disposer de ses biens, et chaque institution d'héritier, chaque legs rentre comme partie intégrante dans ce partage général et volontaire. Quand donc nous voyons une semblable disposition faite sous une condition immorale, s'il est certain que le testateur a voulu effectuer un mal moral, il est très-vraisemblable qu'indépendamment de la condition, il aurait institué l'héritier ou le légataire, puisqu'il s'occupait à nommer des légataires ou des héritiers, tandis que pour les contrats la promesse est uniquement faite en vue de l'acte immoral (*f*). A la

(*f*) On suppose donc que le testateur a eu la pensée ainsi exprimée dans la L. 2, § 7, de don. (XXXIX, 5), au sujet d'une donation : « si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in « hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis, « quam conditio dandæ pecuniæ, existimari debebit. »

vérité, on ignore si telle était effectivement l'intention du testateur, ou si, faute de pouvoir atteindre son but immoral, il n'eût pas renoncé à la disposition; mais c'est précisément pour ces cas douteux qu'est établie la règle relative au maintien des actes de dernière volonté (*g*), et avec cette restriction on pourrait admettre la faveur accordée aux testaments, bien qu'il n'y ait réellement là aucune faveur, car la même règle générale d'interprétation existe aussi pour les contrats (*h*). Même en supposant la présomption erronée dans certains cas, elle n'a pas du moins, comme pour les contrats, l'inconvénient de récompenser un indigne, puisque l'héritier ou le légataire est innocent de la condition immorale qu'on lui impose, et si la volonté du testateur se trouve ici méconnue, la faute n'est imputable qu'à lui seul. Si au contraire la présomption est fondée, il n'y a pas d'autre moyen de réaliser la volonté du testateur, puisqu'il n'est plus là pour renouveler sa disposition sous une autre

(*g*) L. 24, de reb. dub. (XXXIV, 5). « Cum in testamento « *ambigue*, aut etiam perperam, *scriptum est:* benigne inter- « pretari, et secundum id quod credibile est cogitatum, cre- « dendum est. » Cette règle s'applique très-bien au cas dont nous parlons.

(*h*) L. 80, de verb. oblig. (XLV, 1). « Quotiens in stipula- « tionibus *ambigua oratio est*, commodissimum est id accipi, « quo res, qua de agitur, in tuto sit. »

forme, faculté qui existe toujours pour les contrats.

Les conditions immorales ainsi réglées, on en vint aux conditions impossibles qui ont avec celles-ci une affinité éloignée. Sans doute, les considérations précédentes ne s'appliquent pas aux conditions absolument impossibles ou inexécutables; mais j'ai déjà dit que ce cas était trop rare et trop peu important pour nécessiter des règles spéciales. Il n'en est pas ainsi de l'impossibilité relative; si le testateur la connaît, ce cas est semblable à celui de l'impossibilité absolue, car il y a toujours caprice à jouer avec les mots dans un acte aussi sérieux. Mais si le testateur ne la connaît pas, s'il dit par exemple: J'institue Gaius pour mon héritier quand il aura bâti une maison à Séjus (en supposant que, lors de la rédaction du testament, Séjus fût déjà mort à l'insu du testateur), la plupart des arguments présentés au sujet des conditions immorales viennent ici se reproduire, quelques-uns même avec plus de force. En effet, on peut dire avec plus de vraisemblance encore : Le testateur a voulu deux choses indépendantes l'une de l'autre, que Gaius fût son héritier et que Séjus eût une maison bâtie aux frais de Gaius. Il pouvait atteindre ce dernier but par différentes voies, dont la plus simple était un legs; s'il a choisi la condition comme moyen plus prompt et plus efficace, il ne résulte nullement de ce choix que

dans l'impossibilité d'atteindre ce second but, il eût également renoncé au premier.

Une fois que l'on admettait deux règles différentes, l'une pour les contrats, l'autre pour les testaments, et que pour les testaments on soumettait à la même règle les conditions relativement impossibles et les conditions immorales, il était très-naturel d'y ajouter encore les conditions absolument impossibles, peu importantes dans la pratique. On trouvait à cela l'avantage de simplifier les formes et de donner au principe une base plus large : le sort de certaines dispositions extraordinaires, dictées par le caprice de quelques testateurs, ne présentait qu'un intérêt secondaire.

A l'appui de cette explication des principes du droit romain sur les conditions impossibles dans les testaments, j'invoquerai les considérations suivantes :

1° Lorsqu'une condition placée par les termes de l'acte au temps passé ou présent vient à manquer, elle n'est pas réputée non écrite; elle annule l'acte lui-même (§ 121, *p*). Néanmoins, ici comme dans le cas de la condition impossible, tout était décidé d'avance; il faut donc chercher ailleurs le motif de cette règle spéciale, et nous le trouvons précisément dans l'absence de cette affinité intime qui existe entre les conditions impossibles et les conditions immorales.

2° En général, Justinien permet le *legatum pœnæ nomine;* il le défend par exception, lorsque, sous cette menace, l'héritier est soumis à une condition impossible ou immorale (§ 122, *h, i*). L'inexécution d'un acte impossible est chose absolument nécessaire, dès lors on devait s'attendre à voir déclarer le legs pur et simple (§ 121, *g*). Mais comme la volonté immorale demandait répression (§ 122), la condition impossible a eu le même sort que la condition immorale.

3° Indépendamment de la condition impossible, nous avons le terme impossible (*dies impossibilis*). La non-échéance est aussi certaine que le non-accomplissement de la condition impossible; dès lors on s'attendait à voir une pareille fixation de terme réputée non écrite, et la disposition principale maintenue. Nous voyons précisément le contraire. L'acte est annulé, car la fixation d'un terme impossible est considérée comme une preuve que cet acte n'avait rien de sérieux (*i*). Cette inconséquence apparente s'explique par l'absence d'affinité entre le terme impossible et la condition immorale; dès lors il

(*i*) Cf. § 126, *i, k, l,* et surtout L. 4, § 1, de statulib. (XL, 7), dont j'ai donné l'extrait note *d*. Au reste, on s'explique pourquoi il est dit au milieu du texte que la condition : *si heredi millies dedisset*, rend l'affranchissement nul (§ 121, *t*). Cette décision rentre évidemment dans la doctrine des proculéiens et n'est pas en harmonie avec la lé-

n'y a plus de raison pour s'écarter de la décision la plus simple et la plus naturelle. Si la faveur accordée aux actes de dernière volonté était l'unique motif pour lequel on déclare la condition impossible non écrite, ce motif s'appliquerait également au terme impossible.

Il me reste à indiquer les principes adoptés par les législations modernes, relativement aux conditions impossibles et immorales insérées dans les testaments.

Le Code civil français reproduit les principes du droit romain; il déclare non écrites les conditions impossibles et immorales, même pour les donations que, sous beaucoup de rapports, il assimile aux testaments (*k*).

Le Code prussien a pris un moyen terme. Les conditions impossibles insérées dans un testament rendent la disposition nulle (*l*); les con-

gislation justinienne; mais elle a échappé aux redacteurs, parce qu'elle se trouvait placée entre deux décisions relatives au *dies* impossibilis et toutes deux conformes au droit justinien.

(*k*) Code civil, art. 900. — Les contrats, autres que les donations, sont naturellement soumis à une règle différente, art. 1172; les jurisconsultes français taxent d'inconséquence cette disposition sur les donations, plusieurs même la blâment, appliquée aux testaments. Maleville, sur l'article 900. Toullier, Droit civil, t. V, § 247.

(*l*) A. L. R. Th. I, tit. IV, § 129-132, tit. XII, § 504.

ditions immorales sont réputées non écrites (*m*).

Le Code autrichien adopte complétement la doctrine des proculéiens; il déclare nuls les institutions d'héritier ou les legs faits sous une condition impossible ou immorale (*n*).

§ CXXV. — III. *Déclarations de volonté. — Fixation de terme.*

Une seconde espèce de restriction que la volonté peut s'imposer à elle-même (§ 114), est la fixation d'un terme (*dies*), c'est-à-dire, une limite placée dans le temps à l'efficacité du rapport de droit.

Cette fixation de terme peut, comme la condition, se rapporter au commencement ou à la fin du rapport de droit. Dans le premier cas, on dit que le terme est *in diem* ou *ex die* (*a*); dans le second cas, *ad diem* (*b*). L'un peut s'appeler le

(*m*) A. L. R. tit. XII, § 63 (Cf. tit. V, § 227).

(*n*) Oesterreich. Gesetzbuch, § 698 (Cf. § 897).

(*a*) *Ex die.* L. 56, de cond. indeb. (XII, 6); L. 34, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 44, § 1, de O. et A. (XLIV, 7). *In diem.* § 2, J. de verb. obl. (III, 15); L. 3, 15, 46, pr. de V. O. (XLV, 1); L. 213, pr. de V. S. (L, 16); L. 16, pr. de her. pet. (V, 3); L. 43, de j. dot. (XXIII, 3); L. 22, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 27, qui et a quib. man. (XL, 9); L. 22, de O. et A. (XLIV, 7).

(*b*) L. 34, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 44, § 1, de O. et A. (XLIV, 7). Ce dernier texte exprime aussi la même idée

terme *primordial*, l'autre le terme *final* du rapport de droit. — Parlons d'abord du terme primordial. Toute fixation de terme se rapporte nécessairement à l'avenir, car nous ne pouvons disposer que pour l'avenir. Mais l'avenir peut être marqué par un point fixe dans le cours général et invariable du temps (un jour du calendrier) (*c*), ou d'une manière relative, par un événement futur, qui doit nécessairement avoir lieu à un moment déterminé. La condition se rapporte toujours aussi à un événement futur (§ 116), et le jour du calendrier peut être considéré comme un événement, c'est-à-dire, comme l'arrivée du jour marqué, de sorte que ces deux espèces de restrictions semblent souvent se confondre. Mais comme le terme et la condition sont soumis à des règles toutes différentes, il est indispensable d'établir entre ces deux espèces de restrictions une ligne de démarcation certaine. On ne saurait

par in diem : « nam vel ex die incipit obligatio, aut *confertur in diem*, » et dans le même sens, il ajoute immédiatement : « *Ad diem* autem. »

(*c*) Cela est aussi possible de deux manières : immédiatement, par exemple le 1er mars 1840, ou médiatement, par exemple dans un an, en supposant le contrat passé le 1er mars 1839 ; car le point de départ, le jour du contrat, est certain et connu. De même aussi : « trois ans après ma mort, » parce qu'à l'époque où le testament recevra son exécution, le jour de la mort devra nécessairement être connu et certain.

se régler là-dessus d'après les expressions employées dans les actes; car, bien qu'il existe pour distinguer ces deux cas des expressions techniques, souvent on les voit arbitrairement confondues (*d*). Voici la ligne de démarcation véritable : La condition se rattache à un événement incertain (§ 116), la fixation de terme à un événement certain. En effet, tous les jours à venir du calendrier sont certains, plusieurs événements ont une égale certitude, notamment la mort pour chaque individu. Si donc le commencement d'un rapport de droit est subordonné à la mort d'une des parties intéressées ou d'un tiers (*cum morietur*), cette clause, vu la certitude de cette mort, ne vaut pas comme condition, mais comme *dies*, et il existe sur le sens de cette clause une règle particulière, que par là il faut toujours entendre le dernier moment de la vie ou celui qui précède immédiatement la mort (*e*). Cette fixation de terme relative a encore

(*d*) Les Romains employaient à cet effet des particules différentes, *si* pour la condition, *cum* pour le *dies*. Mais les anciens jurisconsultes reconnaissent eux-mêmes la synonymie de ces expressions. L. 45, § 3 de V. O. (XLV, 1).

(*e*) Car mourir est un acte dont un vivant est seul capable. L. 18, § 1; L. 61, de man. test. (XL, 4); L. 107, § 1, de leg. 1 (XXX, un.); Gaius, II, § 232; III, § 100. L'importance de cette règle se montrera bientôt dans diverses applications.

un élément incertain, le rapport de l'événement au cours général et invariable du temps, ce que les auteurs modernes appellent la *quæstio quando*. Elle n'en demeure pas moins essentiellement différente de la condition.

Au contraire, tout événement incertain est de sa nature une condition véritable, alors même que les termes employés pour le désigner lui donneraient la fausse apparence d'une fixation de terme. Celui, par exemple, qui promet quelque chose « au jour de son mariage, » promet réellement sous la condition qu'il se mariera, et la rédaction seule lui donne l'apparence d'un *dies*. Quelquefois aussi le terme peut se trouver joint à la condition. Supposons que quelqu'un soit né le 1er mars 1825, et qu'on lui promette une chose « au jour de sa majorité, » cela veut dire le 1er mars 1850, s'il vit jusqu'à ce jour (*f*).

(*f*) L. 22, pr. quando dies (XXXVI, 2) : « quoniam *non* « *solum* diem, *sed et* conditionem hoc legatum in se conti- « net. » Ici donc les deux espèces de restrictions se trouvent effectivement réunies. — Comme exemple d'une condition exprimée sous la forme d'un *dies*, on peut citer, chez les Romains, le cas si important où l'on instituait héritier soit un *Latinus Junianus*, soit un célibataire à l'époque de sa capacité, c'est-à-dire, sous la condition de cette capacité. L. 62, pr. de her. inst. (XXVIII, 5); L. 51, de leg. 2 (XXXI, un.). Sans cette interprétation favorable, l'appelé eût perdu le legs ou la succession, à moins qu'il n'eût acquis la capacité cent jours au plus tard après la mort du testateur

De là résultent, pour l'expression des fixations de terme, quatre combinaisons possibles que les auteurs modernes résument de la manière suivante :

Dies certus pour la *quæstio an*, *certus* pour *quando*.

Dies certus pour la *quæstio an*, *incertus* pour *quando*.

Dies incertus pour la *quæstio an*, *certus* pour *quando*.

Dies incertus pour la *quæstio an*, *incertus* pour *quando*.

Pour le premier et le quatrième cas, la désignation n'est pas douteuse ; pour le second et le troisième, à cause de leur nature mixte, on emploie tantôt *certus*, tantôt *incertus dies*. Il paraît néanmoins que les anciens jurisconsultes préféraient cette dernière expression, et que, par *certus dies*, ils entendaient ordinairement le jour du calendrier (note *h*, et § 126, *c*, *e*, *h*).

Le troisième et le quatrième cas, vu l'incertitude de l'événement, ne sont point, comme je l'ai déjà dit, des fixations de terme, ce sont de véritables conditions, auxquelles une expression inexacte donne tout au plus l'apparence d'un *dies*. Pour le quatrième cas, cela est universelle-

(Ulpian. XVII, § 1.) Désormais il peut acquérir cette capacité, même après plusieurs années, car la condition empêche que l'hérédité ne soit déférée avant son accomplissement.

ment reconnu (*g*). La même règle s'applique au troisième cas : ainsi, par exemple, le legs subordonné à la puberté ou à la majorité d'un tiers est un legs conditionnel (*h*). Néanmoins, cette règle souffre une exception toute naturelle, quand il résulte évidemment des circonstances que le testateur a dicté cette clause uniquement dans l'intérêt du légataire, et non comme restriction de son droit; alors le legs est regardé comme pur et simple, la clause accessoire comme la fixation d'un jour du calendrier désigné d'une manière indirecte, c'est-à-dire, par rapport à un événement qui, de sa nature, pouvait d'ailleurs venir à manquer (*i*). L'élément de certitude contenu dans ce troisième cas agit ici exceptionnellement, non

(*g*) Ainsi, par exemple : « Quand un individu se mariera « ou obtiendra un emploi. » L. 21, pr. quando dies (XXXVI, 2); L. 56, de cond. ind. (XII, 6); L. 8, C. de test. manum. (VII, 2).

(*h*) L. 21, pr.; L. 22, pr. quando dies (XXXVI, 2); L. 36, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 49, § 2, 3, de leg. 1 (XXX, un.). — Dans le premier des textes cités, un pareil jour est appelé : dies *incerta*.

(*i*) L. 46, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1); L. 5, C. quando dies (VI, 53). Cf. L. 18, § 2, de alim. leg. (XXXIV, 1) (§ 119, 5), et Averanius, Interpr. II, 16, Num. XII, sq. — Il est naturel d'admettre cette interprétation favorable quand un testateur dispose, en faveur de ses enfants, et en matière de fidéicommis, toujours traités plus librement, surtout dans l'ancien droit.

que l'on méconnaisse la nature de ce cas ou qu'on lui fasse violence, mais parce que les circonstances permettent d'interpréter la volonté réelle du testateur, qui toujours est la loi suprême (§ 118, *a*). Dans un cas seulement, celui où il s'agit d'affranchissements testamentaires, cette présomption est admise indépendamment des circonstances (§ 119, *q*); l'exception se fonde sur une faveur spécialement accordée à la liberté.

Après avoir écarté les cas où l'apparence d'un *dies* cache une condition véritable, il me reste à examiner les deux cas où le *dies* existe réellement, c'est-à-dire, où l'étendue du rapport de droit est restreinte dans le temps par un jour du calendrier, ou par un événement qui ne peut manquer d'arriver.

§ CXXVI. — III. *Déclarations de volonté.* — *Fixation de terme.* (Suite.)

I. La restriction du rapport de droit par un jour du calendrier, dont je parlerai d'abord, signifie que le droit lui-même est acquis, mais que l'exercice du droit est différé jusqu'au jour marqué. — Une semblable disposition pour celui qui en profite n'a pas la moindre obscurité; non-seulement il connaît l'existence du droit, mais aussi son étendue et sa valeur; il peut-même, au moyen d'un calcul d'escompte, apprécier sa valeur ac-

tuelle, et se procurer la jouissance immédiate de cette valeur en aliénant son droit. Quand même il ne pourrait survivre au terme à cause de son éloignement (*a*), cette circonstance n'ôte à la disposition rien de sa certitude, car elle n'empêche pas celui qui en profite de faire entrer un pareil droit dans ses calculs et dans ses arrangements pour l'avenir.

Il me reste à faire l'application de ce principe fondamental aux principaux rapports de droit où un jour de calendrier peut figurer comme terme.

A. Cette espèce de restriction est inapplicable aux institutions d'héritier, car, après la mort, il ne peut y avoir aucun intervalle pendant lequel le défunt ne soit pas représenté, et jamais l'on ne passe de la succession légale à la succession testamentaire. C'est pourquoi une semblable restriction est réputée non écrite, et le droit de l'héritier commence immédiatement après la mort (*b*). Cette décision peut paraître singulière quand on admet comme valable la condition, qui est encore plus incertaine; mais il faut considérer que la condition accomplie remonte au jour du décès (§ 120);

(*a*) Ainsi, par exemple, un contrat ayant pour objet le payement d'une somme dans cent ans. L. 46, pr. de V. O. (XLV, 1). — Un legs payable cent ans après la mort du testateur; L. 21, pr. quando dies (XXXVI, 2).

(*b*) § 9, J. de her. inst. (II, 14); L. 34, de her. inst. (XXVIII, 5).

or, en appliquant ce principe au *dies*, on obtient précisément le même résultat qu'en le déclarant non écrit.

B. Le jour du calendrier s'applique aux legs sans la moindre difficulté : ainsi le droit est acquis du jour du décès (*dies cedit*) ; la jouissance seule (le *dies venit*) est différée. Le caractère essentiellement personnel de toute succession résultant d'un décès (§ 118), n'apporte ici aucun obstacle, car le legs est une chose certaine dont le légataire peut disposer, alors même qu'il n'en jouirait pas.

C. L'efficacité de cette espèce de restriction est encore moins douteuse par rapport aux contrats.

II. La fixation d'un terme subordonnée à un événement certain, c'est-à-dire qui doit nécessairement arriver, a, pour celui qui en profite, un caractère tout différent, puisque la valeur actuelle et l'étendue du droit demeurant indéterminées, il ne peut le faire entrer avec certitude dans ses dispositions pour l'avenir. Pour les testaments, la nature essentiellement personnelle des successions (§ 118) fait regarder comme prédominant cet élément d'incertitude, et transforme le *dies* en condition, en la condition de survie à une époque déterminée (*c*) ; pour les contrats, où ce

(*c*) L. 75, de cond. (XXXV, 1) : « Dies incertus conditionem in testamento facit. » Ces mots, *in testamento*, mon-

caractère de personnalité n'existe pas, la disposition accessoire demeure ce qu'elle est effectivement, un *dies*, et le contrat n'est pas conditionnel.

A. Ainsi donc, pour une institution d'héritier, une semblable fixation de terme se change en cette condition : « si l'héritier institué survit à l'événement (*d*). »

B. En principe général, la même décision s'applique aux legs. Le legs est conditionnel en ce sens que le légataire doit survivre à l'événement; s'il prédécède, il ne transmet rien à ses héritiers (*e*). — Il y a seulement exception quand la

trent que dans ce cas il existe, pour les contrats, une autre règle. Aussi doit-on restreindre ce texte au cas exprimé et ne pas l'étendre aux événements réellement incertains, qui dans les contrats peuvent aussi figurer comme conditions. On voit en outre que dans ce texte dies *incertus* s'applique à un événement certain, mais dont l'époque n'est pas déterminée.

(*d*) L. 9, C. de her. inst. (VI, 24).

(*e*) Ainsi, par exemple : heres cum morietur dato. L. 1, § 2; L. 79, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 12, § 1, de leg. 2 (XXXI, un.); L. 4, pr.; L. 13, in f. quando dies (XXXVI, 2). Dans le premier et le troisième des textes cités un semblable jour est aussi appelé *incertus*. — Il en est évidemment de même quand le legs est subordonné à la mort d'un tiers. — Mais si le testateur disait : « cum ipse « moriar, » le legs ne serait pas valide, car nul ne peut, par testament, disposer pour un temps antérieur à sa mort, mais seulement *post mortem;* dans un semblable cas, l'af-

condition est de telle nature que le légataire doit vivre nécessairement alors ; c'est ce qui arrive quand le terme du legs est la mort même du légataire (*cum ipse morietur*), car, par là, on entend le moment qui précède immédiatement la mort (§ 125). Dans ce cas, le legs est *purum*, et se trouve acquis irrévocablement à la mort du testateur (*f*). Si l'on voulait voir là une condition, le résultat serait encore le même, car ce serait une condition nécessaire, qui rend le legs pur et simple (§ 121, *g*). Cette décision n'est nullement une vaine subtilité, elle a une signification réelle et pratique ; car si le légataire n'est certainement pas destiné à recueillir le legs, il peut du moins le faire entrer avec certitude dans ses dispositions testamentaires qui ont pour lui un puissant intérêt.

C. Une semblable disposition ne rend pas le contrat conditionnel, et la restriction est considérée comme *dies*. L'incertitude sur la valeur actuelle du droit ne met ici aucun obstacle, car elle existe dans tous les contrats aléatoires, sans que pour cela ils soient nécessairement condi-

franchissement seul était maintenu par une faveur spéciale. L. 18, § 1, de man. test. (XL, 4). Selon l'esprit du droit justinien, on doit, sans contredit, même en matière de legs, écarter l'expression impropre, et interpréter le testament comme s'il y avait *post mortem meam*.

(*f*) L. 79, pr. de cond. (XXXV, 1); L. 4, § 1, quando dies (XXXVI, 2).

tionnels. — L'influence pratique de cette règle se montre dans la *condictio indebiti*. Ainsi, il est de principe qu'on ne peut répéter le payement d'une dette faite avant l'échéance du terme, mais que l'on peut répéter le payement d'une dette conditionnelle fait avant l'accomplissement de la condition (*g*). Or, une dette subordonnée à un événement certain a tout à fait le caractère d'une dette à terme, et non d'une dette conditionnelle; elle ne peut donc être répétée, alors même que le payement aurait eu lieu avant l'accomplissement de l'événement (*h*).

(*g*) L. 10; L. 16, pr.; L. 56, de cond. ind. (XII, 6). Inutile de dire que pour une dette conditionnelle la *condictio indebiti* cesse dès que la condition est accomplie. L. 16, pr. cit. (note *h*).

(*h*) Voici dans quel enchaînement se trouve placé le texte décisif: L. 16, pr. de cond. ind. (XII, 6). « Sub conditione « debitum, per errorem solutum, pendente quidem condi- « tione repetitur : conditione autem existente repeti non « potest. — § 1. Quod autem (Hal. *etiam*) sub incerto die « debetur, die existente non repetitur. — L. 17 : Nam si « *cum moriar* dare promisero, et antea solvam, repetere me « non posse Celsus ait : quæ sententia vera est. » De ces trois décisions, la première et la troisième ne sont pas douteuses. La première se rapporte à la condition, la troisième à un événement certain, et comme dans ce cas la condiction est refusée malgré l'anticipation du payement, la décision du texte se trouve justifiée; en effet, si la condiction m'est refusée, je ne suis évidemment pas un mourant, car alors je ne pourrais intenter une action. La seconde décision (§ 1) pré-

Si l'observation du terme primordial est impossible, on traite ce cas de la manière la plus naturelle, sans modifications positives. Le rapport de droit ne prend pas de commencement, c'est-à-dire, ne se réalise pas, et cette règle s'applique aux contrats comme aux testaments. Ici donc on distingue entre le terme et la condition, et j'ai donné plus haut le motif de cette distinction (§ 124). — L'impossibilité est quelquefois fondée sur la nature de l'acte qui fait l'objet du rapport de droit, si, par exemple, quelqu'un promet d'aller à Alexandrie immédiatement avant sa mort (*cum morietur*) (*i*). Quelquefois aussi elle est fondée

sente des doutes à cause de la double signification de *incertus dies*. Cujas, obs. XIII, 20, d'après le mot *autem*, identifie ce cas avec le troisième (L. 17) et corrige ainsi le § 1, *pendente* ou *non existente*, correction tout à fait inadmissible. La leçon de Haloander, *etiam*, détruit l'interprétation de Cujas, et le *nam* de la L. 17 n'exprime pas la confirmation du § 1, mais indique opposition. Voici donc l'ordre et la suite des idées : L. 16, § 1, « on assimile à la condition un « jour tout à fait incertain (par ex. : *si nupsero*), et dès lors il « y a lieu à la condiction tant que le jour n'est pas arrivé. » L. 17. « Mais s'il s'agit d'un jour certain, tel que *cum moriar*, « alors seulement on peut dire que la condiction est inad- « missible, quand même elle serait exercée antérieurement « à ce jour. »

(*i*) L. 46, § 1, de V. O. (XLV, 1). On pourrait objecter que le mourant n'est pas plus capable de payer une somme d'argent. Mais cet acte momentané n'est pas absolument impossible, et, dans tous les cas, peut être accompli par l'hé-

sur la nature du rapport de droit lui-même; en voici quelques exemples : Un usufruit constitué pour le temps qui précédera immédiatement la mort de l'usufruitier, est impossible, car, devant cesser le moment suivant, il n'aurait jamais existé (*k*). Telle est encore la liberté donnée par testament à un esclave pour le temps de sa mort, ou pour un temps si éloigné qu'il ne doive plus exister (*l*); car la liberté n'a de valeur que si l'esclave en jouit personnellement, tandis que l'argent, ou toute autre valeur vénale, peut se transmettre aux héritiers, et dès lors admet une semblable fixation de terme. Enfin l'on doit rapporter ici les anciennes prohibitions de faire des stipulations

ritier, sans perdre de sa valeur ou changer de caractère, tandis que le voyage promis est une action toute personnelle. Si l'acte promis au moment de la mort, sans être personnel, exige du temps, par exemple, la construction d'une maison, acte que l'héritier pouvait seul accomplir, la stipulation était nulle; mais Justinien l'autorisa comme celle *post mortem*, L. 15, C. de contr. et comm. stip. (VIII, 38).

(*k*) L. 51, de usufructu (VII, 1); L. 5, de usu et usufr. leg. (XXXIII, 2). — L'usufruit peut en outre être constitué *ex die* du moins par legs; quant aux autres modes de constitution, la question était controversée à cause de leurs formes spéciales (Fragm. Vat., § 49, 50), mais dans le nouveau droit ces difficultés ne subsistent plus.

(*l*) L. 4, § 1, de statulib. (XL, 7); L. 17, pr.; L. 61, pr., de man. test. (XL, 4); L. 107, § 1, de leg. 1 (XXX, un.). — Sur la L. 4, § 1, cit. Cf. § 124, *d*, *i*, et § 121, *t*.

devant s'exécuter *post mortem* du créancier ou du débiteur (*m*), ou de laisser des legs *post mortem* de l'héritier (*n*), prohibitions abolies par Justinien (*o*).

Une fixation de terme immorale est impossible, car toute immoralité suppose un acte libre qui, avant d'être commis, est toujours incertain; or les véritables fixations de terme reposent toujours sur des événements certains.

§ CXXVII. — III. *Déclarations de volonté.* — *Fixation de terme.* (Suite.)

Il me reste à parler du terme final (*ad diem*), qui a beaucoup d'affinité avec la condition résolutive. Il faut rapprocher ces deux institutions pour exposer convenablement ce que je me suis réservé d'ajouter sur la condition réso-

(*m*) Gaius, III, § 100. — La stipulation « *cum* moriar » ou « *cum* morieris » semble avoir été toujours permise, § 15, J. de inut. stip. (III, 19); Fr. Vat., § 98; L. 20; L. 76, de j. dot. (XXIII, 3); L. 67, § 6, de leg. 2; L. 32, pr., ad L. Falc. (XXXV, 2); L. 45, § 1, 3; L. 121, § 2, de V. O. (XLV, 1); L. 4, C. de contr. et comm. stip. (VIII, 38). Le seul texte contraire, celui de Gaius, III, § 100, pourrait bien n'être qu'une fausse leçon. Hushke, Studien, I, 279.

(*n*) *Post mortem* était défendu, *cum heres morietur* était permis. Gaius, II, § 232; Ulpian., XXIV, § 16. En matière de fédéicommis, la clause *post mortem* était également permise. Gaius, II, § 277; Ulpian., XXV, § 8.

(*o*) § 13, J. de inut. stip. (III, 19); L. 11, C. de contr. et comm. stip. (VIII, 38). — § 35, J. de legatis (II, 20); L. 11, C. cit.

lutive (§ 120). Je vais donc les examiner dans leurs applications aux rapports de droit les plus importants.

A. L'institution d'héritier ne peut être soumise ni à une condition résolutive, ni à un terme final; toute disposition de ce genre est réputée non écrite (§ 126, *b*). Cela se fonde sur la règle que l'hérédité une fois acquise, l'est pour toujours (*a*). Ce principe a perdu une grande partie de son importance depuis l'introduction des fidéicommis, car le testateur peut atteindre son but en chargeant l'héritier institué de rendre, sous une condition suspensive ou après un certain délai, la succession à l'héritier du sang.

(*a*) L. 88, de her. inst. (XXVIII, 5) : « ... cum autem semel « heres exstiterit servus, non potest adjectus efficere, *ut qui* « *semel heres exstitit, desinat heres esse.* » — L. 3, § 2, de liberis (XXVIII, 2) : « ... hujusmodi exheredatio vitiosa est, quo- « niam post aditam hereditatem voluit eum summotum, *quod* « *est impossibile.* » — L. 3, § 10, de minor. (IV, 4) : « ... sine « dubio *heres manebit, qui semel exstitit.* » Enfin, la L. 15, § 4, de test. mil. (XXIX, 1), pose la règle contraire comme un privilége spécial des soldats. — Les auteurs modernes expriment ainsi ce principe : *Semel heres, semper heres.* Quant à la prohibition de la condition résolutive, il n'y a pas de controverse. Seulement plusieurs auteurs modernes ont prétendu que l'on devait transformer artificiellement la condition résolutive en la condition suspensive contraire et maintenir ainsi la volonté du testateur. C'est une opinion qui ne peut se soutenir. Cf. Sell, p. 254, et les auteurs qu'il cite.

B. L'ancien droit défendait également de soumettre les legs à une condition suspensive ou à un terme final, ce qui pouvait s'effectuer de deux manières.

1° S'il s'agissait d'un *damnationis legatum*, et que le légataire eût négligé d'intenter son action dans le délai fixé, l'obligation de l'héritier n'était pas éteinte par cette espèce de prescription (*b*); à la vérité, du temps des jurisconsultes classiques, il y avait sans doute une *exceptio doli* contre la demande tardive du légataire, comme cela est dit expressément pour les stipulations (note *f*).

2° Si le *damnationis legatum* était déjà acquitté, ou s'il s'agissait d'un *vindicationis legatum*, l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme ne faisait pas restituer le legs à l'héritier. Cela ne tenait pas uniquement à une forme défectueuse employée par le testateur, car le légataire ne pouvait être lui-même chargé d'un legs, et la restitution ordonnée aurait eu ce résultat (*c*). L'introduction des fidéicommis effaça cette dernière prohibition (*d*). Si donc le retour

(*b*) L. 55, de leg. 1 (XXX, un.) : « ... nec tempore... aut « conditione *finiri obligatio heredis* legatorum nomine po- « test. » — L. 44, § 1, de O. et A. (XLIV, 7) : « ... Placet enim « ad tempus obligationem constitui non posse : *non magis* « *quam legatum.* »

(*c*) Ulpian., XXIV, § 20; Gaius, II, § 271.

(*d*) Gaius, II, § 271.

à l'héritier ne s'opérait pas, cela tenait à un vice de forme, car le testateur pouvait seulement atteindre ce but en employant les termes sacramentels des fidéicommis ; aussi Justinien se montre conséquent en ordonnant que ce vice de forme ne pourrait jamais nuire, et que, pour l'interprétation d'un legs semblable, fait sous condition ou avec fixation de terme, le retour à l'héritier serait regardé comme fidéicommis (*e*).

C. Pour les contrats, il était également interdit de soumettre l'obligation à une condition ou à une fixation de terme, et cette règle était également susceptible des deux applications que j'ai développées au sujet des legs.

1° Si quelqu'un promettait un payement avec cette clause, qu'après l'accomplissement d'une condition ou l'échéance d'un terme, l'action se trouverait annulée comme par une sorte de prescription, même après ce terme expiré, l'action était toujours recevable. Néanmoins, on admit par la suite une *doli* ou *pacti exceptio* contre cette rigueur destructive de la volonté des parties (*f*).

(*e*) L. 26, C. de legatis (VI, 37), qui s'applique évidemment à la condition résolutive comme au *dies*. Cf. Sell, p. 258. — Ici comme ailleurs, Justinien, en écartant la rigueur des formes de l'ancien droit, est allé plus loin pour les legs que pour l'institution d'héritier, et ce n'est pas sans motifs.

(*f*) Pour l'*obligatio ad diem*, cela est dit § 3, J. de V. O.

2° Si le contrat était exécuté avec cette clause, qu'une échéance ou une condition entraînerait le retour des choses données, ce retour n'avait pas lieu. Ici l'on avait sans doute, pour se garantir, une *condictio ob causam datorum*, qui se trouve concorder avec l'*actio prescriptis verbis*, et dont le principe était parfaitement applicable à un cas de cette espèce.

Pour les contrats, il est évident que cette exclusion rigoureuse du terme et de la condition ne repose pas, comme pour les legs, sur la nature même du rapport de droit, mais sur un vice de forme. En effet, même anciennement, on pouvait atteindre le but, si, pour la cessation de l'obligation ou le retour des choses données, on ajoutait une seconde stipulation sous une condition suspensive ou *ex die*, ou bien encore avec le *dies*, en ajoutant seulement la condition suspensive : « Si intra quinquennium petiero. » La nullité tenait uniquement à un défaut de forme,

(III, 15); L. 56, § 4, de V. O. (XLV, 1); L. 44, § 1, de O. et A. (XLIV, 7); pour la condition résolutive, L. 44, § 2, eod. (Cf. sur ce §, Göschen, Obss. j. rom., p. 66). La L. 44, § 1, cit., donne en ces termes le motif de cette prohibition : « Nam « quod alicui deberi cœpit, *certis modis* desinit debere, » c'est à-dire, le *dies* n'est pas au nombre des moyens fixés immuablement pour éteindre les obligations, et il ne dépend pas de la volonté des parties de lui donner ce caractère.

et la *doli* ou *pacti exceptio* avait précisément pour but d'y remédier. Par la même raison, la nullité n'était jamais admise, et l'exception devenait inutile s'il s'agissait des contrats soustraits aux formes rigoureuses du droit, et notamment des contrats consensuels ; aussi le texte qui reproduit l'ancien droit (note *f*) ne parle-t-il que de la stipulation. D'un autre côté, nous voyons une forme très-ancienne, très-usuelle du contrat de louage qui se faisait pour un certain nombre d'années, après lesquelles l'obligation du locateur cessait indubitablement. De même encore nous voyons, pour la vente et pour les donations faites sans stipulation, la validité de la condition résolutive reconnue en termes qui ne permettent pas de croire à un changement du droit ou à une protection artificielle (§ 120, *l*, *m*). Voici donc les cas auxquels se rapportait, même d'après l'ancien droit, l'institution des conditions résolutives complétement développée dans ses effets, notamment après la condition résolutive accomplie, le retour de la propriété *ipso jure* à l'ancien propriétaire, avec annulation de toutes les aliénations survenues pendant l'intervalle et valables jusque-là (*g*).

(*g*) On pourrait en douter, d'après ces mots de Justinien, L. 26, C. de legatis (VI, 37) : « Cum enim *jam constitutum* « *sit*, fieri posse *temporales donationes et contractus*, » et qui semblent indiquer un droit nouveau. Mais ces mots se rap-

Après avoir donné l'explication de l'ancienne règle qui prohibait les conditions résolutives en matière de legs et d'obligations, il me reste à parler d'une application spéciale de cette règle. Si quelqu'un promet une rente annuelle de cent livres, cette promesse est considérée comme une stipulation simple divisée en plusieurs payements et qui doit toujours durer (*h*). Si la rente n'est constituée que pour cinq ans ou pour la vie d'une personne, cette restriction étant en opposition avec la règle précédente, la rente demeure perpétuelle, et, pour échapper à cette rigueur, on eut dans la suite recours à une exception (*i*). Sans doute il était facile aux parties d'atteindre sûrement leur but en adoptant une autre forme. Il suffisait, au lieu de promettre une rente de cinq ans, de promettre cinq cents livres divisées en cinq payements *ex die*, ou, au lieu d'une rente

portent aux donations et aux autres contrats résultant d'une *stipulatio* et à la *doli exceptio* qui s'y rattache, ainsi donc ils rappellent brièvement les dispositions de la L. 44, § 1, de O. et A. (XLIV, 7) et des autres textes cités note *f*. — Quant à la donation seulement, la comparaison de la L. 2, C. de don. q. s. modo (VIII, 55), avec le texte original Fr. Vat., § 283, présente un doute sérieux. Il serait difficile de s'expliquer clairement les différences de ces deux textes.

(*h*) L. 16, § 1, de V. O. (XLV, 1); L. 35, § 7, de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*i*) § 3, J. de V. O. (III, 15).

viagère, différentes sommes payables *ex die* et en même temps, sous la condition suspensive de survie, cela a toujours été permis ; mais, en matière de stipulations, on avait égard aux termes employés, non à l'intention des parties, qui durent souffrir de ce vice de forme tant que l'exception ne fut pas inventée. Si l'on n'a pas, dès l'origine, remédié à cette injustice, cela tient à la rareté de ces stipulations.

D'un autre côté, les legs de cette nature se voyaient fréquemment, et il y avait là un besoin pratique à satisfaire. On en trouva le moyen dans ce principe général, que les legs s'interprétaient moins d'après la lettre du testament que d'après l'intention du testateur (§ 118, *a*). Si donc on savait, comme c'est le cas le plus ordinaire, que le testateur avait voulu, au moyen de la rente léguée, assurer au légataire sa subsistance en totalité ou en partie, l'interprétation suivante conciliait tous les intérêts : on divise le legs en plusieurs annuités; la première annuité est léguée *pure* et acquise à la mort du testateur; les autres annuités sont soumises à la condition suspensive que le légataire vivra à l'époque de chaque échéance (*k*). Cette interprétation offrait un

(*k*) L. 4; L. 8, de ann. leg. (XXXIII, 1); L. 10, quando dies (XXXVI, 2) et les textes cités note *h*. — Dans le cas d'une rente constituée pour plusieurs années, il s'agit de rechercher en fait si le testateur a voulu donner une pension

double avantage. D'abord on empêchait la perpétuité de la rente, qui n'était certainement pas dans l'intention du testateur; ensuite on éludait la prohibition des restrictions temporaires pour les legs, car il ne s'agissait plus d'un seul legs *ad diem* qui eût été prohibé, mais de plusieurs legs conditionnels qui étaient tous valables.

D. Voici des dispositions spéciales relatives à certains droits réels.

Les servitudes rurales ne pouvaient être soumises, quant à leur durée, ni à une condition, ni à une fixation de terme, sans doute parce que la perpétuité est dans la nature de ces droits. On avait contre cette rigueur de la lettre une *pacti* ou *doli exceptio* (*l*).

L'usufruit, au contraire, est un droit passager, aussi pouvait-on, même dans l'ancien droit, en

alimentaire et par conséquent viagère, ou bien une certaine somme divisée en plusieurs termes pour en faciliter le payement. Dans le premier cas, le legs est considéré comme une rente viagère; dans le second cas, c'est un legs pur et simple acquis au légataire immédiatement et en totalité, et les termes non échus passent à ses héritiers. L. 20, quando dies (XXXVI, 2); L. 3, pr. de annuis (XXXIII, 1).

(*l*) L. 4, pr. de serv. (VIII, 1); L. 56, § 4, de V. O. (XLV, 1). Une semblable constitution était incompatible avec la nature de la *in jure cessio*, ainsi donc on suppose qu'elle résulte d'un legs ou d'un contrat particulier, passé avant ou après la *in jure cessio*.

fixer arbitrairement la durée (*m*). La même faculté existe pour le droit de gage qui, vu son origine plus récente, était en général moins astreint aux formes rigoureuses de l'ancien droit (*n*).

En résumant tout ce qui précède, on voit que la condition résolutive et le terme final ont presque toujours leur efficacité, et que les anciennes restrictions, excepté en ce qui concerne l'institution d'héritier, n'ont laissé, pour ainsi dire, aucunes traces dans le droit moderne.

On peut concevoir un terme final dont l'application soit impossible; alors il est réputé non écrit, et le rapport de droit demeure à cet égard illimité (*o*).

§ CXXVIII. — III. *Déclarations de volonté.* — *Modus* (*a*).

Les transactions qui ont pour objet de trans-

(*m*) Fragm. Vat., § 48, 52; L. 6, de usu et usufr. leg. (XXXIII, 2); L. 16, § 2, fam. herc. (X, 2); L. 12, pr. C. de usufr. (III, 33). Nous voyons dans ce dernier texte une interprétation semblable à celle dont j'ai parlé § 125, *i*, mais dont le résultat est inverse.

(*n*) L. 6, pr. quib. modis pign. (XX, 6).

(*o*) Si, par exemple, un usufruit est légué pour cent ans, car il est certain que le légataire ne vivra pas jusque-là.

(*a*) Parmi les sources du droit citées plus haut (§ 116), celles relatives à ce sujet sont : Dig. XXXV, 1; Cod. VI, 45, VIII, 55.

férer un droit des biens, peuvent contenir des dispositions sur le sort ultérieur de la chose transmise, au moyen d'un engagement contracté par celui qui la reçoit. Les principales dispositions de ce genre rentrent dans le contenu proprement dit des transactions elles-mêmes, et il est inutile et impossible de les réunir sous un point de vue général, comme les conditions et les fixations de terme. Si, par exemple, un emprunteur promet de rendre l'argent prêté, ou un acheteur de payer le prix de la chose qu'il reçoit, ce sont là des parties essentielles de ces contrats; si l'acheteur d'une maison s'engage à ne pas l'aliéner pendant la vie du vendeur, ou à l'y loger gratuitement pendant trois années, ce sont là des conventions accessoires, et l'action qui résulte du contrat suffit à leur exécution. Plusieurs conventions de ce genre peuvent, il est vrai, revêtir la forme de conditions, et alors elles agissent différemment (*b*).

Mais il y a certaines matières où ce procédé était insuffisant, et pour lesquelles il a fallu établir une espèce particulière de conventions accessoires, le *modus*. Ce sont les dispositions testamentaires et les donations.

(*b*) L. 41, pr. de contr. emt. (XVIII, 1). Je dis seulement ici que cet accord peut, suivant la volonté des parties, être exprimé comme *pactum adjectum* ou comme *conditio*, je ne parle pas d'un troisième cas possible, le *modus*.

Je vais d'abord détailler les cas où le *modus* est indispensable, car c'est le seul moyen de reconnaître la base de cette institution.

1° Institution d'héritier. Si l'obligation de l'héritier consiste à donner quelque chose à un tiers, le besoin du *modus* ne se fait pas sentir, car les legs et en outre les fidéicommis répondent parfaitement à ce but. Mais le testateur peut imposer d'autres charges à son héritier: par exemple, d'élever un monument, de fonder des jeux ou des banquets publics, de visiter son tombeau à des époques déterminées, de l'orner de fleurs, etc. Plusieurs de ces charges sont susceptibles de revêtir la forme des conditions, mais d'autres ne le sont pas, et le testateur peut en général préférer une forme d'obligation nouvelle et permanente. Tel est l'objet du *modus*.

2° Legs. Ici encore le *modus* est applicable à des obligations semblables à celles dont je viens de parler (*c*). Mais il fut pendant longtemps indispensable dans le cas où le légataire devait donner quelque chose à un tiers, car le légataire ne pouvait être lui-même grevé d'un legs. L'introduction des fidéicommis qui répondaient complétement à ce dernier but, fit disparaître cette nécessité du *modus* (§ 127, *c*, *d*).

3° Fidéicommis. Le *modus* joue ici le même rôle que pour les legs.

(*c*) L. 17, § 4, de cond. (XXXV, 1).

4° J'en dis autant de l'affranchissement testamentaire, auquel le testateur pouvait joindre l'obligation d'une prestation quelconque, soit sous la forme de condition, soit sous la forme de *modus*. La nécessité du *modus*, qui existait autrefois pour les legs, n'a jamais cessé pour l'affranchissement testamentaire. En effet, celui qui reçoit du défunt un droit des biens, peut seul être grevé d'un fidéicommis (*d*). Or, comme la liberté n'est pas un droit des biens, on devait, pour être conséquent, ne pas grever de fidéicommis l'affranchi qui recevait seulement la liberté (*e*).

5° En matière de donations, les moyens de droit ordinaires (*actio præscriptis verbis* et *condictio*) suffirent pendant longtemps pour faire exécuter les obligations du donataire. Plus tard on jugea convenable de traiter les donations comme les legs, et ici encore se montra le besoin d'appliquer le *modus* comme institution spéciale.

Modus est l'expression technique (*f*) employée pour désigner cette institution, quoique dans un sens général elle serve souvent à déterminer les

(*d*) L. 1, § 6, de leg. 3 (XXXII, un.); L. 9, C. de fideic. (VI, 42).

(*e*) L. 94, § 2; L. 95, de leg. 1 (XXX, un.).

(*f*) *Modus* a ce sens technique dans l'inscription des trois titres cités note *a*, et dans la L. 17, § 4, de cond. (XXXV, 1).

caractères particuliers d'un droit, par exemple son étendue, ou le mode de son exercice. On a proposé de substituer à *modus*, but ou désignation de but, expressions qui seraient fort impropres, car lorsqu'un testateur institue pour héritier un ami ou un parent, et lui impose l'obligation d'ériger un monument, son but est de laisser ses biens à une personne digne et qu'il affectionne, non pas de faire élever un monument. L'expression emploi serait plus juste, car, dans la plupart des cas, la chose reçue est employée en totalité ou en partie à l'exécution du *modus*; mais ce terme est trop abstrait pour reporter la pensée à une institution de droit spéciale, et il vaut mieux conserver le mot latin qui, par sa physionomie étrangère, se prête davantage à une désignation individuelle.

Je dois maintenant expliquer pourquoi j'ai placé le *modus* sur la même ligne que la condition et la fixation de terme, et je le range ainsi parmi les restrictions que la volonté s'impose à elle-même (§ 114), tandis qu'il semble plutôt une extension de la volonté à un nouvel objet. Cette assimilation se fonde sur la manière d'envisager un bien ou une portion de biens comme une simple valeur pécuniaire. Or, ce point de vue embrassant aussi bien l'objet primitivement donné (la succession ou le legs) que le *modus*, le *modus* nous apparaît comme une diminution

de la valeur primitive, et, en ce sens, on peut dire que la volonté de donner s'est restreinte elle-même par l'addition d'un *modus*, et ainsi se trouve justifiée l'assimilation du *modus* avec la condition et la fixation de terme.

Dans l'application, il est indispensable de bien préciser l'idée de *modus*, et cela sous un double rapport. Ainsi, d'un côté, il ne faut pas le confondre avec la condition, de l'autre côté, avec le simple vœu ou conseil.

Quant à la distinction entre le *modus* et la condition, j'observe que, dans la plupart des cas, lè but proposé pouvait être aussi sûrement atteint d'une manière que de l'autre, mais par des rapports de droit tout différents. En effet, la condition est suspensive, mais non coercitive; le *modus* est coercitif et non suspensif. Le *modus* est beaucoup plus avantageux pour celui qui doit agir. D'abord il n'empêche pas l'acquisition du droit, le *dies cedit*, et ainsi n'expose pas au danger d'une perte totale; ensuite, la jouissance du droit s'obtient en donnant caution et sans exécuter l'acte; enfin, si l'acte devient impossible, cette impossibilité n'entraîne aucun préjudice (*g*); ainsi, la distinction de ces deux

(*g*) On pourrait en douter d'après ces mots de la L. 16 de his quæ sub modo (VI, 45) : « In legatis quidem et fidei- « commissis etiam *modus adscriptus pro conditione observa* « *tur*. » ... Ces mots signifient seulement que le *modus* doit être

formes a, dans la pratique, une grande importance. Ici encore les termes employés dans les actes seraient des guides peu sûrs (*h*), et l'on doit chercher l'intention véritable dans l'appréciation des circonstances (*i*). Si l'intention reste douteuse, le *modus*, comme restriction moindre, doit être admis de préférence à la condition (*k*). Dans un cas où la condition est réelle, mais inadmissible, la *conditio jurisjurandi*, pour maintenir la volonté du testateur, on transforme la condition en *modus* (§ 123, *s*, *t*).

D'un autre côté, il ne faut pas confondre le *mo-*

maintenu, observé aussi bien que la condition, et peut être nommément garanti par une caution, mais n'établissent pas du tout une assimilation complète entre ces deux choses. Cela résulte évidemment de la proposition suivante à laquelle les mots cités servent de transition.

(*h*) *Si* désigne proprement la condition, *cum* le temps, et *ut* le *modus* (L. 80, de cond. XXXV, 1); mais ces distinctions ne sont pas toujours rigoureusement observées. Voy. § 125, *d*. — Souvent aussi le mot *conditio* est employé là où il s'agit évidemment d'un *modus*. Cf. L. 71, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 2, § 7, de don. (XXXIX, 5); L. 44, de man. test. (XL, 4).

(*i*) L. 44, de man. test. (XL, 4); L. 80 de cond. (XXXV, 1). La manière la plus simple de lever la difficulté de ce dernier texte est de retrancher le *non*, qui, d'après le témoignage de la glose, ne se trouvait pas dans des manuscrits anciens. L'explication proposée par Rücker, interpr. II, 3, n'est pas soutenable.

(*k*) L. 9, de R. J. (L. 17).

dus avec ces déclarations de volonté qui ne renferment nullement une obligation juridique. Si donc une somme d'argent est léguée ou donnée afin que le légataire ou le donataire bâtisse une maison, ou achète un immeuble, on regarde ordinairement cette déclaration comme l'expression d'un vœu, d'un conseil, ou simplement de l'occasion qui a donné lieu à la libéralité. Pour admettre une obligation, il faudrait des circonstances particulières qui rendissent cette intention vraisemblable (*l*).

§ CXXIX. — III. *Déclarations de volonté.* — *Modus.* (Suite.)

Il me reste à indiquer par quels moyens reçoit son exécution la volonté du donateur, exprimée par le *modus*.

1° S'il n'y a qu'un seul héritier institué, le *modus* ne peut donner lieu à une obligation, puisque l'héritier n'a aucun créancier pour contradicteur. Alors l'autorité se charge de contraindre l'héritier soit en employant des voies de contrainte extraordinaires, soit en lui refusant l'exercice des actions intentées par lui au nom de la succession. S'il y a plusieurs cohéritiers, cha-

(*l*) L. 13, § 2, de don. inst. vir. (XXIV, 1); L. 71, pr. de cond. (XXXV, 1); L. 2, § 7, de don. (XXXIX, 5).

cun peut contraindre les autres à l'exécution du *modus*, en vertu de l'*actio familiæ herciscundæ* (*a*).

2° Si le *modus* est imposé à un légataire ou à un fidéicommissaire, alors il y a obligation, car l'héritier représente le défunt et doit veiller à l'exécution de ses volontés. Voici comment on procède d'ordinaire. L'héritier, en vertu d'une *doli exceptio*, refuse la délivrance du legs jusqu'à ce que le légataire ait donné caution d'exécuter le *modus* (*b*). Si par hasard le légataire était déjà en possession du legs, l'héritier peut se le faire restituer, et ensuite exiger la caution (*c*). L'héritier n'a pas besoin de prouver qu'il est personnellement intéressé à l'exécution, la volonté du testateur est pour lui un intérêt suffisamment justifié (*d*).

(*a*) L. 7, de ann. leg. (XXXIII, 1) : « interventu judicis; » L. 50, § 1, de her. pet. (V, 3) : « principali aut pontificali « auctoritate »; L. 8, § 6, de cond. inst. (XXVIII, 7) (Voy. § 123, *s*, *t*); L. 1, § 3, ubi pup. (XXVII, 2).

(*b*) L. 40, § 5; L. 71, pr. § 1, 2; L. 80, de cond. (XXXV, 1); L. 48, de fid. lib. (XL, 5). — Nous trouvons souvent dans les textes l'expression *denegantur actiones*, et elle s'applique aussi bien à l'héritier qu'au légataire : à l'héritier, quand le juge refuse d'office l'action; au légataire, quand l'action est rejetée par la contradiction de l'héritier défendeur.

(*c*) L. 21, § 3, de ann. leg. (XXXIII, 1); L. 17, de usu leg. (XXXIII, 2); L. 25, C. de leg. (VI, 37).

(*d*) L. 19, de leg. 3 (XXXII, un.).

Indépendamment des droits de l'héritier dont je viens de parler, l'autorité peut intervenir pour contraindre le légataire (*e*).

3° Dans le cas d'un affranchissement testamentaire, la liberté est immédiatement acquise; dès lors le retard de l'exécution du legs n'est plus un moyen de contrainte; aussi l'autorité veille directement à l'accomplissement du *modus* (*f*).

4° Si le *modus* se rapporte à une donation, la contrainte a un caractère tellement spécial, que pour en parler convenablement, il faut la rattacher à l'ensemble du droit des donations (§ 175).

Dans tous les cas énumérés ci-dessus, le testateur lui-même peut assurer l'exécution du *modus* en menaçant l'appelé d'une amende au profit d'une caisse publique (*g*).

En général, le *modus* est soumis aux mêmes restrictions que la condition. Si donc il a pour

(*e*) L. 92, de cond. (XXXV, 1) : « ex auctoritate D. Severi emancipare eos compulsus est. » Voy. aussi sur l'espèce dont parle ce texte, la L. 15, C. de fideic. (VI, 42).

(*f*) L. 44, de man. test. (XL, 4) : « officio judicis. » L. 17, § 2, eod.

(*g*) L. 6, pr.; L. 27, de cond. (XXXV, 1). C'est l'administrateur public de celle caisse qui poursuit l'exécution de la peine; ainsi, aujourd'hui, ce seraient les administrateurs des bureaux de charité si le testament attribuait la peine à la caisse des pauvres. Ce cas diffère essentiellement du *legatum pœnæ nomine*, et n'a jamais été compris dans la prohibition de ce dernier.

objet un acte immoral ou déraisonnable, on n'est pas tenu de l'exécuter (*h*).

Si l'accomplissement du *modus* est impossible à un titre quelconque, l'obligation disparaît, et l'institution d'héritier ou le legs auquel se rattachait le *modus* n'en subsiste pas moins (*i*), et en cela le *modus* se distingue essentiellement de la condition. — Si l'exécution du *modus* est en partie impossible ou contraire à la morale, la partie possible doit être fidèlement exécutée (*k*).

Le *modus* qui consiste dans une prestation de l'héritier ou du légataire envers une personne tierce, est surtout remarquable (*l*). Le testateur pouvait, surtout depuis l'introduction des fidéi-

(*h*) L. 7, de ann. leg. (XXXIII, 1); L. 113, § 5, de leg. 1 (XXX, un.). L'intervention de l'autorité supérieure, par exemple, de l'empereur ou des *pontifices*, n'avait pas pour objet de protéger le *modus* en général, ce qui eût été au-dessous de leur dignité, mais d'assurer l'exécution de certains actes spéciaux, tels que l'érection d'un tombeau ou l'émancipation d'un enfant. Voilà les cas auxquels se rapportent les textes cités.

(*i*) L. 8, § 7, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 1, C. de his quæ sub modo (VI, 45). Ainsi se trouvent absorbés d'eux-mêmes les cas d'exécution fictive dont les conditions nous offrent des exemples (§ 119).

(*k*) L. 6, pr.; L. 27; L. 37, de cond. (XXXV, 1); L. 16, de usu et usufr. (XXXIII, 2).

(*l*) La L. 17, § 4, de cond. (XXXV, 1), assimile entièrement cette espèce de *modus* à d'autres qu'elle énumère.

commis, assurer directement l'exécution, en donnant à la personne tierce une action sous la forme d'un legs ou d'un fidéicommis. Néanmoins, pendant longtemps on ne procéda pas ainsi, et l'on eut recours aux moyens indirects de contrainte énumérés ci-dessus, au lieu de donner une action au tiers, ce qui eût été le moyen le plus simple. Sans doute, cela tenait uniquement à la formule employée par le testateur, et ce n'était presque jamais son intention, mais un vice de forme, qui rendait l'exécution de sa volonté moins complète et moins sûre (*m*). Sévère le premier écarta la difficulté en faveur de la liberté : il ordonna que l'affranchissement soumis à un *modus* serait considéré comme affranchissement fidéicommissaire, et ainsi il donna à l'esclave l'action résultant du fidéicommis. Gordien fit le

(*m*) En effet, le legs aurait pu être conçu en ces termes : *do lego* ou *damnas esto;* le fidéicommis : *fidei committo, rogo, peto, volo.* (Gaius, II, 249.) Si le testateur n'employait aucune de ces formes et n'imposait la prestation que par *ut*, alors c'était simplement un *modus*, et le tiers n'avait pas d'action. Ce principe est clairement exprimé dans les L. 92, de cond. (XXXV, 1); L. 3, § 5, 6, de leg. præst. (XXXVII, 5); L. 8, § 5, de transact. (II, 15). — Chose singulière, les fidéicommis n'avaient été inventés que pour échapper aux formes rigoureuses de l'ancien droit; mais les Romains étaient tellement formalistes, que les fidéicommis devinrent eux-mêmes une forme gênante, et il fallut, pour y échapper, recourir à de nouveaux expédients.

dernier pas; il étendit cette décision à toutes les donations soumises à un *modus* (*n*). Dès lors il ne fut plus question du *modus* relativement à une prestation en faveur d'un tiers, car ce *modus*, sans égard aux termes de l'acte, est considéré comme un legs ou un fidéicommis, et le tiers n'a plus besoin d'une protection indirecte, puisqu'il a toujours une action en délivrance.

§ CXXX. — III. *Déclarations de volonté. — Déclaration formelle.*

La base de toute déclaration de volonté est l'existence de la volonté même dont j'ai parlé jusqu'ici; je passe maintenant à la manifestation qui traduit le fait intérieur de la volonté en caractères extérieurs et visibles, c'est-à-dire que je vais examiner la déclaration de volonté (§ 104, 114). Cette déclaration peut être formelle ou non formelle, expresse ou tacite, réelle ou fictive, c'est-à-dire résultant d'une présomption légale.

Les déclarations formelles sont celles dont l'efficacité tient à l'observation de certaines for-

(*n*) L. 2, C. de his q. sub modo (VI, 45). — Ce développement du droit nous explique aussi pourquoi la L. 48, de fid. lib. (XL, 5), simplement relative à un cas de *modus*, a été placée dans ce titre du Digeste. Cf. Cujacii obs. XIV, 25; et Opp., IX. 857.

mes déterminées, exclusivement admises comme l'expression de la volonté. On les appelle formelles, parce que leurs formes sont invariablement réglées par le droit positif, tandis que pour les déclarations non formelles, les formes sont abandonnées au choix des parties. Dans l'ancien droit romain, ces déclarations formelles occupent une place importante; tels sont notamment les actes solennels où le sens propre de chaque rapport de droit figuré symboliquement, se montrait d'une manière sensible aux parties et aux témoins. Ici nous reconnaissons immédiatement l'intervention de la poésie dans le droit (*a*); mais ce côté esthétique du sujet ne doit pas nous faire perdre de vue sa valeur pratique. Rien n'est plus propre que les formes symboliques à éveiller dans l'esprit des parties contractantes cette attention réfléchie si désirable pour les affaires sérieuses. Ensuite, une résolution sur des intérêts graves est rarement subite; elle est ordinairement précédée d'un état d'incertitude qui se change en volonté parfaite par des transitions lentes et imperceptibles, changement qui serait plus tard aussi difficile que nécessaire à constater pour le juge. Or, ces formes symboliques deviennent un signe certain de la volonté par-

(*a*) J. Grimm, von der Poesie im Recht, Zeichrift f. Gesch. Rechtsw. vol., II; Num. II.

faite. L'emploi des formes symboliques présente en outre des avantages secondaires, la facilité de la preuve dans le cas d'un procès, et la publicité que reçoit le nouveau rapport de droit, publicité souvent désirable et importante. Mais il ne faut pas croire que le législateur romain, Romulus par exemple, ait, en considération de ces avantages, inventé les actes symboliques et en ait prescrit l'usage. Le législateur qui ferait une semblable tentative, n'obtiendrait qu'un vain simulacre, et ces avantages lui échapperaient presque tous, car il faut que les parties elles-mêmes soient pénétrées du sens et de la valeur des actes. Les symboles sont produits par cette force plastique existant au sein de la nation, sans qu'elle en ait conscience, et le besoin des bons résultats signalés plus haut, a aussi sa part d'influence.

Ce serait encore une erreur grave de croire que les actes symboliques soient exclusivement propres au droit romain ; ils se retrouvent chez des nations d'une origine très-diverse, et, dans l'ancien droit germanique, ils occupent surtout une place importante (*b*). Il était réservé aux Romains, plus qu'à tout autre peuple, de porter le droit à un haut degré de perfection. Cette supériorité incontestable pour les derniers dévelop-

(*b*) Grimm, dans l'article cité plus haut.

pements de la science se retrouve également dans les actes symboliques des temps anciens : aussi leurs symboles ont-ils un caractère plus noble et mieux prononcé que ceux des autres peuples, et leur forme subsista plus longtemps sans s'altérer.

L'origine des formes symboliques du droit se place en général à l'époque où l'imagination est chez le peuple la faculté dominante. A mesure que la réflexion étend son empire, ces formes perdent de leur intérêt; on s'en lasse, et on finit par les abandonner : tel fut leur sort en droit romain. Le droit justinien en présente de faibles traces, dont quelques-unes ne se sont conservées dans l'Europe moderne que comme souvenirs de l'antiquité. — Lorsque ce changement important s'accomplit dans le droit, ces formes sont ordinairement remplacées par d'autres que détermine la volonté du législateur. Telle est la rédaction des actes par écrit, et surtout la comparution des parties devant un tribunal, devant des notaires ou des employés chargés de veiller aux hypothèques. Parmi ces formes nouvelles, la plus importante et la plus usuelle était chez les Romains l'insinuation judiciaire. A cet effet, les parties comparaissaient devant la curie d'une ville, ou devant la chancellerie (*officium*) du lieutenant d'une province; les conventions étaient copiées textuellement sur les registres (*acta*, *gesta*), puis on en délivrait des copies certifiées,

toutes les fois que cela était nécessaire. Souvent cette forme était choisie volontairement, pour donner plus de solennité à l'acte, ou pour en assurer la preuve; quelquefois aussi elle était spécialement ordonnée; par exemple, pour les donations, pour la confection et pour l'ouverture des testaments (*c*).

Ces formes, arbitrairement prescrites, offrent les avantages pratiques signalés plus haut, avec cette différence que les résultats secondaires des actes symboliques, la garantie de la preuve et la publicité, viennent ici en première ligne. Les avantages internes et essentiels attachés à l'évidence des actes symboliques, sont un peu sacrifiés, car la forme apparaît seulement comme une prescription externe, à laquelle on doit nécessairement se soumettre; au reste, cette différence tient à la différence des temps qui se manifeste dans le droit comme dans les autres parties de la vie des peuples. Vainement on voudrait élever un siècle aux dépens d'un autre : chaque siècle a ses biens dont il est appelé à jouir, ses maux qu'il doit supporter et corriger autant que possible. Bien moins encore faut-il blâmer le législateur qui satisfait, par l'introduction de formes nouvelles, aux besoins de la pratique, là où

(*c*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge. Vol. I, § 27-29.

n'existe plus dans les esprits cette disposition qui seule donne naissance aux actes symboliques, et seule peut leur conserver une vivante durée.

§ CXXXI. *Déclarations de volonté. — Déclaration expresse ou tacite.*

La déclaration peut aussi être expresse ou tacite. En effet, la volonté elle-même, comme fait intérieur, ne saurait se faire connaître que par l'intermédiaire d'un signe sensible, et il y en a de deux espèces. Ordinairement, le signe sensible a uniquement pour objet d'exprimer la volonté; souvent aussi, quoiqu'il ait un autre objet spécial, il implique en même temps l'expression de la volonté. Dans le premier cas, la déclaration de volonté est expresse; tacite dans le second (*a*).

(*a*) Un auteur a proposé récemment de substituer à ces termes ceux de déclarations de volonté *immédiates* et *médiates*. La phraséologie que j'adopte me semble plus claire; elle a en outre l'avantage d'être plus usitée et plus connue. Sans doute, l'exactitude demanderait que l'on appelât *consentement résultant des faits* le consentement tacite, car le mot tacite prête à la confusion de ce cas avec celui du simple silence (§ 132); mais l'expression serait moins précise, et le sens du mot tacite est trop connu pour donner lieu à aucune méprise. — Un auteur distingue les deux espèces de consentement selon que la volonté résultant d'un acte antérieur peut se reconnaître avec ou sans l'aide du raisonnement (Göschen, Vorlesungen, I, p. 274). Cette dis-

La déclaration expresse peut résulter d'un discours prononcé ou écrit (*b*), ou même d'un geste; si, par exemple, celui à qui l'on propose un contrat l'accepte par une inclination de tête (*c*), ou bien lorsqu'on désigne l'objet du contrat en le montrant du doigt (*d*); seulement il est difficile qu'un contrat puisse se faire en entier par de simples gestes. La déclaration résulte le plus souvent d'un mélange de paroles et de gestes (*e*). — Depuis le moyen âge, la déclaration écrite se fait ordinairement ainsi : on appose son nom au bas d'un acte écrit par une des parties, ou par un

tinction ne me paraît pas fondée, car la clause obscure d'un contrat qui demande, pour être entendue, une interprétation raisonnée, n'en est pas moins une déclaration de volonté expresse. On ne peut pas non plus rigoureusement distinguer ces deux cas selon que la volonté est ou non exprimée par des paroles, car une déclaration tacite résulte quelquefois d'une clause, si ses termes ont directement un autre objet que l'expression de cette volonté; j'en donnerai bientôt des exemples. Voy. les textes cités notes *q. r. t.*

(*b*) On ne fait à cet égard aucune distinction, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte solennel. L. 38, de O. et A. (XLIV, 7) : « ... placuit non minus valere, quod scriptura, quam « quod vocibus lingua figuratis significaretur. »

(*c*) L. 21, pr. de leg. 3 (XXXII, un.); L. 1, § 3, de adsign. lib. (XXXVIII, 4); L. 52, § 10, de O. et A. (XLIV, 7); L. 17, de nov. (XLVI, 2).

(*d*) L. 6, de reb. cred. (XII, 1); L. 58, pr. de her. inst. (XXVIII, 5).

(*e*) Voy. les textes cités note *d*.

tiers, et la signature établit que l'acte exprime la pensée et la volonté du signataire. Nous sommes tellement accoutumés à employer cette forme dans nos correspondances et dans nos actes, que plusieurs seraient tentés de la considérer comme une chose toute naturelle et qui ne saurait être autrement; néanmoins elle était étrangère aux Romains, qui l'ont connue fort tard, et n'en ont fait que des applications très-restreintes.

Pour la déclaration de volonté exprimée par des paroles, comme pour les lois, l'interprétation est souvent nécessaire (*f*). Les principes fondamentaux de l'interprétation des lois (§ 32-37) trouvent ici leur application, en ce sens que, dans les deux cas, il s'agit de reconstruire la pensée vivante cachée sous la lettre morte. Ces deux cas ont une autre analogie : ici encore les jurisconsultes romains nous ont laissé une foule de décisions particulières très-instructives, et des règles générales fort incomplètes, qui veulent être appliquées avec circonspection. Je n'ai pas à entrer ici dans le détail de ces règles, car elles sont intimement liées à la matière des contrats et des tes-

(*f*) Sans doute, il y a cette différence que la loi, comme un des éléments du droit positif, peut et doit être, plus qu'un acte isolé, l'objet d'un travail scientifique. Aussi les actes, plus encore que la loi, n'ont besoin d'interprétation qu'en cas d'obscurité, c'est-à-dire, d'une défectuosité accidentelle (Cf. § 50).

taments, qui rentre dans l'exposition spéciale du droit des obligations et du droit de succession.

La déclaration de volonté tacite résulte de certains actes qui, tout en ayant un but particulier, servent néanmoins comme moyens de reconnaître la volonté. Ces actes doivent être tels que l'on puisse en conclure avec certitude l'existence de la volonté (*g*). L'admission d'une déclaration tacite implique toujours un jugement véritable sur un acte déterminé, eu égard aux circonstances accessoires, et ce jugement occupe ici la même place que, pour la déclaration expresse, l'interprétation des termes employés. Souvent l'acte ne suffit pas seul pour établir la déclaration de volonté, il faut encore le concours d'autres circonstances extérieures; mais, alors même que l'on est autorisé à conclure du fait seul l'existence de la volonté, cette présomption peut être détruite par d'autres circonstances. Souvent ces circonstances ont un caractère tout à fait individuel qui tient à la nature particulière de chaque espèce; quelquefois aussi elles présentent un caractère plus général et peuvent se ramener à des règles. Ainsi toute déclaration tacite tombe devant une déclaration expresse contraire, que l'on appelle protestation ou réserve (*h*). Il

(*g*) Les auteurs modernes disent que ces faits doivent être *facta concludentia.*

(*h*) Protestation est le terme générique, réserve est le

en est de même si l'acte dont on argumente a été imposé par la violence, car l'auteur de l'acte n'a pas eu l'intention d'exprimer sa volonté, mais d'échapper au mal dont on le menaçait; et enfin, si l'acte repose sur une erreur qui exclut absolument l'expression de la volonté (*i*).

Toutes ces règles sont rendues sensibles par les applications suivantes, que contiennent les sources du droit. Si un créancier remet à son débiteur le titre de sa créance (*k*), cet acte est, suivant les circonstances, susceptible de plusieurs interprétations. Il peut être regardé comme une remise tacite de la dette (*l*), surtout si le débiteur l'avait demandé; il peut constituer une présomption de payement, mais non une preuve complète (*m*). La remise du titre peut encore

terme dont on se sert quand, par une déclaration formelle, on veut détruire la présomption d'une renonciation tacite à un droit.

(*i*) Voy. Appendice VIII, Num. XII, où je traite ce sujet avec détail, et où je détermine les effets de l'erreur.

(*k*) Si le débiteur se trouve en possession du contrat autrement que par la volonté du créancier, cette possession n'entraîne aucune présomption défavorable au créancier. L. 15, C. de sol. (VIII, 43).

(*l*) L. 2, § 1, de pactis (II, 14); L. 7, C. de remiss. pign. (VIII, 26).

(*m*) L. 14, C. de sol. (VIII, 43). Dans ce cas, la remise du contrat implique payement de la dette, et est une quittance tacite.

avoir été effectuée dans un but tout différent; par exemple, afin que le débiteur en prenne copie. — De même, lorsque le titre a été biffé, cela peut, suivant les circonstances, prouver le payement (*n*) ou la remise tacite de la dette. — Si celui qui est institué héritier fait les affaires de la succession, cette *pro herede gestio* indique ordinairement une adition d'hérédité tacite (*o*); mais cette présomption peut être détruite par une déclaration contraire expresse, ou bien s'il est établi que la gestion a été faite par erreur, ou dans un autre but que l'adition d'hérédité (*p*). — La comparution volontaire devant un juge incompétent vaut comme prorogation tacite de sa juridiction; mais la prorogation n'a pas lieu si la comparution est le résultat d'une erreur (*q*). — Celui qui continue un procès intenté en son nom sans autorisation, ratifie par cela même la procédure faite antérieurement (*r*). — Le créancier qui reçoit d'avance des intérêts pour un certain temps, promet, par là même, de ne pas ré-

(*n*) L. 24, de prob. (XXII, 3).

(*o*) § 7, J. de her. qual. (II, 19); L. 20, pr. § 1, de adqu. her. (XXIX, 2); Gaius, II, § 166, 167; Ulpian., XXII, § 25, 26.

(*p*) L. 20, pr., § 1, de adqu. her. (XXIX, 2); L. 14, § 7, 8, de relig. (XI, 7).

(*q*) L. 1, L. 2, pr. de jud. (V, 1); L. 15, de jurisd. (II, 1).

(*r*) L. 5, ratam rem. (XLVI, 8).

clamer le capital avant l'expiration de ce temps (*s*). — Si quelqu'un engage la chose d'autrui, et que le propriétaire signe l'acte de constitution de gage, cela équivaut à un consentement tacite (*t*). — Quand un héritier vend tous les immeubles d'une succession, que ses cohéritiers sont présents, et que, loin de contredire, ils reçoivent la portion du prix qui leur revient, ils sont censés avoir vendu tacitement leur part (*u*).

§ CXXXII. — III. *Déclarations de volonté. — Déclaration. Par le simple silence.*

Le simple silence opposé à des actes ou à une interrogation, ne peut, en principe, être regardé comme un consentement ou comme un aveu (*a*). Si donc quelqu'un m'apporte un contrat et déclare qu'il prendra mon silence pour un acquittement, je ne suis pas engagé, car nul n'a le

(*s*) L. 57, pr. de pactis (II, 14).

(*t*) L. 26, § 1, de pign. (XX, 1).

(*u*) L. 12, de evict. (XXI, 2).

(*a*) L. 142, de R. J. (L. 17) : « Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare. » — Ainsi, quand nous lisons, C. 43, de R. J. in VI : *Qui tacet, consentire videtur,* ces mots n'expriment pas une règle générale, mais se rapportent aux exceptions dont je vais parler. En effet, on ne peut croire que le droit canon ait voulu déroger au droit romain pour une règle aussi abstraite, et surabondamment la L. 142 a été transcrite comme C. 44, de R. J. in VI.

droit, quand je ne consens pas, de me forcer à une contradiction positive. — Il y a néanmoins à cette règle des exceptions importantes, qu'il s'agit maintenant d'énumérer. Toujours elles se fondent sur une obligation présumée de s'expliquer, soit à cause de l'importance spéciale du rapport de droit, les rapports de famille par exemple, soit à cause du respect dû à certaines personnes, soit à cause d'une relation entre le silence actuel et des déclarations précédentes. Toutes ces exceptions ont une nature essentiellement positive, et l'on ne doit jamais les étendre par voie d'analogie. Quelquefois même on interprète le silence comme consentement, dans le cas même où la volonté est impossible, mais cette extension présente plutôt le caractère d'un consentement fictif.

Quand un père fiance sa fille, le silence de la fille vaut comme consentement, et réciproquement le silence du père si la fille se fiance elle-même (*b*). — L'adoption est rigoureusement valable par le fait du silence de l'adopté (*c*), comme aussi l'émancipation (*d*). — Quand un tuteur

(*b*) L. 12, pr. de sponsal. (XXIII, 1). — L. 7, § 1 eod.

(*c*) L 5, de adopt. (I, 7). Ainsi, on peut adopter un enfant (*infans*), car il ne contredit pas; mais comme il est également incapable de vouloir ou de contredire, son consentement est fictif.

(*d*) L'assimilation de ce cas à celui qui précède est établie

nomme pour caution une personne présente, et que celle-ci laisse sans contredire inscrire sa nomination sur les registres du tribunal, elle est réellement caution (*e*). — Un enfant soumis à la puissance paternelle ne peut valablement contracter mariage sans le consentement du père; mais si le père a connaissance du mariage, son silence équivaut à un consentement (*f*). — Le père qui connaît la nomination de son fils comme décurion d'une ville, et qui ne réclame pas, est réputé consentir (*g*). — Quand une femme séparée dénonce sa grossesse à son mari, le silence du mari est un aveu de la paternité (*h*). — Si le

par la L. 5, in f. C. de emanc. (VIII, 49), rapprochée de Paulus, II, 25, § 5.

(*e*) L. 4, § 3, de fidej. et nomin. (XXVII, 7).

(*f*) Pour le fils, il fallait anciennement le consentement du père, formel et préalable, pr. J. de nupt. (I, 10); pour la fille, même anciennement, le silence du père suffisait, L. 25, C. de nupt. (V, 4); mais dans certains cas, des rescrits impériaux déclarent le silence du père suffisant aussi pour le fils, L. 5, C. de nupt. (V, 4). L'insertion d'un semblable rescrit dans le code fait de cette décision une règle générale, d'ailleurs en harmonie avec la faveur que le nouveau droit accorde au mariage. Ainsi donc, le texte des Institutes, qui exige le consentement préalable du père, exprime la rigueur de l'ancien droit, et a été inséré par inadvertance dans la compilation.

(*g*) L. 2, pr. ad municip. (L. 1); L. 1, C. de filiisfam. (X, 60).

(*h*) L. 1, § 4, de agnosc. (XXV, 3).

mariage d'une *filiafamilias* vient à être dissous, le père ne peut réclamer la dot sans le consentement de la fille, mais le silence de la fille équivaut à un consentement (*i*). — Lorsqu'un héritier est chargé de restituer la succession à un tiers, et que celui-ci prend possession des biens, si l'héritier en a connaissance et ne réclame pas, son silence équivaut à une restitution (*k*). — Le père qui laisse son fils faire un emprunt est réputé donner son consentement (*l*). — De même encore, si le fils ou l'esclave fait le commerce avec son pécule, le silence du père ou du maître vaut son consentement, et l'effet du consentement est de soumettre celui qui le donne à l'*actio tributoria* (*m*). — Le propriétaire qui, après l'expiration du bail, laisse le locataire user de la chose louée, consent, par là même, à une prolongation de bail (*n*). — Si quelqu'un se porte spontanément caution pour un débiteur, si celui-

(*i*) L. 2, § 2, sol. matr. (XXIV, 3). Par extension de cette règle, le père peut intenter l'action sans le consentement de sa fille, si celle-ci est aliénée et par conséquent incapable de contredire. Ici encore le consentement est fictif.

(*k*) L. 37, pr. ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).

(*l*) L. 12, 16, ad Sc. Maced. (XIV, 6).

(*m*) L. 1, § 3, de tribut. act. (XIV, 4).

(*n*) L. 13, § 11, locati (XIX, 2). Du côté du locataire, il n'y a pas simplement silence, car la continuation de la jouissance est un acte positif.

ci se tait après en avoir eu connaissance, son silence équivaut à un mandat (*o*). — Le jugement d'un arbitre n'oblige les parties que de leur consentement; mais si elles laissent passer dix jours sans réclamer, ce silence vaut acquiescement (*p*). — Quand des travaux exécutés sur un terrain expose le voisin à un dommage résultant des eaux pluviales, et que celui-ci voit les travaux sans réclamer, il est censé les approuver par son silence (*q*).

Dans tous les cas exceptionnels, le simple silence prouve la volonté, de même que l'acte positif dans les cas ordinaires de déclarations de volonté tacite (§ 131). Aussi, d'après les mêmes raisons, le silence cesse souvent de produire cet effet, d'abord, quand les circonstances assignent au silence un autre motif, ensuite quand il est le résultat de la violence ou de l'erreur. Dans de semblables cas, il ne saurait être question de protestation, puisqu'elle consiste toujours en une déclaration expresse, exclusive du simple silence.

(*o*) L. 6, § 2, mandati (XVII, 1); L. 60, de R. J. (L. 17).
(*p*) L. 5, pr., C. de receptis arb. (II, 56).
(*q*) L. 19, de aqua pluvia (XXXIX, 3).

§ CXXXIII. — III. *Déclarations de volonté. — Déclaration. Fictive.*

Les diverses espèces de déclarations dont j'ai parlé jusqu'ici ont un caractère commun : la volonté qu'elles manifestent est pour nous un fait réel, malgré la diversité des moyens qui nous servent à le reconnaître. Il y a en outre des cas importants auxquels le droit positif attribue les effets d'une déclaration de volonté, sans que l'on puisse soutenir l'existence de la volonté; j'appelle cette espèce de déclaration, fictive. Souvent, sans doute, la fiction repose sur une vraisemblance générale de volonté, mais quelquefois aussi cette volonté présumée n'existe pas : une distinction serait ici difficile à établir, et d'ailleurs peu profitable (*a*). Entre la déclaration tacite, qui toujours est réelle, et la déclaration fictive, il y a des diffé-

(*a*) Au premier abord, il semblerait convenable d'exprimer cette différence par les mots *præsumptus* et *fictus*. Cf. Hofacker, I, § 183-185. Je donne dans le texte les motifs qui m'empêchent d'adopter cette phraséologie. — D'autres auteurs se servent de ces expressions pour distinguer les cas où la preuve contraire est ou non admissible; par exemple, Mühlenbruch, I, § 98. — La phraséologie que j'adopte me paraît la plus simple et la plus précise; ainsi l'on évite l'emploi du *præsumptus consensus*, qui pourrait aussi s'entendre de la déclaration tacite.

rences essentielles : plusieurs cas de la déclaration fictive reposent non sur un acte déterminé que l'on pourrait interpréter comme un signe de volonté, mais sur un rapport personnel général et permanent; ensuite la fiction est souvent admise là où une volonté réelle est souvent impossible.

Il y a déclaration de volonté fictive dans les cas suivants : S'il s'agit de soutenir un procès pour une personne absente, ses enfants, ses ascendants, ses frères, ses beaux-frères, ses affranchis agissent en qualité de procureurs fictifs, comme aussi le mari pour sa femme (*b*). — Relativement aux conséquences du droit de gage, dit tacite. En effet, on ne doit pas croire que, dans tous les contrats auxquels est attaché le droit de gage, le débiteur ait voulu réellement engager certains objets. Celui, par exemple, qui loue une maison ou une ferme, à moins de connaître le droit, s'imagine difficilement qu'il soumet à un droit de gage ses meubles ou ses récoltes. Cela a lieu en vertu d'une règle de droit qui suppose le droit de gage une convention naturelle et juste (*c*).

(*b*) L. 35, pr. de proc. (III, 3); L. 21, C eod. (II, 13).

(*c*) On pourrait en douter d'après ces mots : pignus *tacite contrahitur*, et croire qu'ils expriment une déclaration de volonté tacite; mais cela ne peut jamais être une circonstance décisive, d'autant moins que la L. 4, pr. in quibus caus. pign. (XX, 2), porte : « *quasi* id tacite convenerit, »

— Lorsque le créancier autorise l'aliénation de son gage ou la constitution d'un nouveau gage sur le même objet : cette autorisation est toujours interprétée comme la renonciation au gage ou comme un droit de préférence donné au nouveau créancier (*d*). — Enfin, toutes les fois que le simple silence vaut comme consentement, là où, dans la réalité, le consentement et la contradiction sont également impossibles, s'il s'agit, par exemple, de l'adoption ou de l'émancipation d'un *infans*, ou si un père, après la dissolution du mariage de sa fille frappée d'aliénation mentale, vient à répéter sa dot (§ 132, *c*, *d*, *i*).

Dans ces différents cas, on ne suppose point l'existence de la volonté; dès lors il n'y a pas lieu d'examiner, comme pour les déclarations de volonté tacite, si les circonstances particulières ajoutent ou ôtent quelque chose à la vraisemblance (§ 131). La violence et l'erreur n'ont pas non plus la même force dirimante que pour les

et la L. 6, pr. eod. : « tacite *intelliguntur* pignori esse, » ce qui indique précisément l'existence d'une fiction.

(*d*) L. 4, § 1; L. 7, pr. quibus modis pign. (XX, 6). — L. 12, § 4, qui potiores (XX, 4). — Ici encore on pourrait prendre ce consentement pour une déclaration de volonté tacite; mais il faut considérer que c'est là une règle générale, et que dans beaucoup de cas on ne saurait prétendre que le créancier ait voulu attribuer ce résultat à son consentement.

déclarations de volonté tacites (*e*). Dans la règle, une déclaration de volonté expresse, c'est-à-dire une protestation, peut seule exclure la fiction. Cela est expressément reconnu pour les procédures intentées par de proches parents, etc., lorsque la volonté contraire de l'absent peut être établie (*f*). — De même, pour le consentement du créancier à la vente de son gage (*g*). — Dans les principaux cas du gage tacite, cela ne présente évidemment aucune difficulté. Ainsi, le propriétaire qui loue une maison ou une ferme, le fisc qui passe un contrat, le mari auquel on promet une dot, peuvent, par une convention particulière, renoncer au gage tacite.

D'un autre côté, il y a certains cas exceptionnels où une semblable protestation est absolument impossible ou prohibée par le droit positif. Elle est impossible s'il s'agit de l'adoption ou de l'émancipation d'un *infans*, ou de la répétition de la dot d'une fille aliénée, car les enfants et

(*e*) Si le locataire a cédé à la violence, le contrat est totalement nul, et aussi par rapport à la constitution de gage; mais on ne peut pas dire que la violence exclut la volonté tacitement déclarée; car, dans ce cas, il n'y a eu aucune volonté de constituer un gage.

(*f*) L. 40, § 4, de proc. (III, 3): « ... non exigimus ut « habeant voluntatem vel mandatum, *sed ne contraria volun-* « *tas probetur...* »

(*g*) L. 4, § 1, quibus modis pign. (XX, 6).

les aliénés sont incapables de volonté. Elle est prohibée relativement au gage tacite que la femme a sur les biens de son mari, pour la restitution de sa dot. Car en renonçant au droit de gage, la femme rendrait plus mauvaise sa position juridique par rapport à sa dot. Et une semblable convention est généralement défendue, à moins qu'elle n'ait pour but d'avantager les enfants (*h*). — La renonciation au gage tacite que les impubères et les mineurs ont sur les biens de leur tuteur, est également prohibée. En effet, la tutelle qui donne lieu à ce droit de gage ne résulte ni d'un contrat, ni en général du libre arbitre du tuteur. Celui-ci ne saurait donc ni se soustraire à la tutelle, ni modifier par sa volonté les effets que le droit y attache, et vis-à-vis du tuteur, il n'y a personne dont la volonté puisse avoir cet effet.

§ CXXXIV. — III. *Déclarations de volonté. — Déclaration sans volonté. Faite avec intention.*

Jusqu'ici j'ai examiné la déclaration de volonté dans ses deux éléments constitutifs, la volonté en soi (§ 114-129) et sa déclaration (§ 130-133); il me reste à parler de l'accord de ces deux éléments, c'est-à-dire, de leur réunion en un seul

(*h*) L. 1, § 1, de dote præleg. (XXXIII, 4); L. 17, de pactis dotal. (XXIII, 4).

tout. Néanmoins, il ne faudrait pas croire que ces deux éléments soient indépendants l'un de l'autre, comme la volonté d'un homme est indépendante de celle d'un autre homme, et ne se trouve concorder avec elle qu'accidentellement; ces deux éléments, au contraire, sont naturellement réunis. En effet, la volonté en soi est seule importante et efficace; mais comme fait intérieur et invisible, elle a besoin d'un signe extérieur qui la fasse reconnaître, et ce signe qui manifeste la volonté, est précisément la déclaration; d'où il suit que la volonté et sa déclaration ont entre elles une relation, non pas accidentelle, mais naturelle.

Néanmoins, on conçoit que cette relation naturelle se trouve détruite; alors il y a contradiction entre la volonté et la déclaration, et c'est cette fausse apparence de volonté qui s'appelle déclaration sans volonté.

Or, tout ordre juridique reposant sur la certitude de ces signes qui, seuls, mettent l'homme en relation avec l'homme, ce désaccord ne saurait être admis dans le cas le plus simple que l'on puisse imaginer, lorsque celui qui fait une déclaration de volonté a secrètement une volonté contraire, alors même qu'il l'aurait exprimée ailleurs, soit par écrit, soit devant témoins (*a*). Aussi la

(*a*) La C. 26, X, de spons. (IV, 1), suppose une semblable

contradiction entre la volonté et la déclaration n'est admissible que quand elle a pu être reconnue par celui qui était en contact immédiat avec l'auteur de la déclaration, et qu'en conséquence, elle ne dépend pas uniquement de la pensée de celui-ci. Cela peut avoir lieu de deux manières, au su ou à l'insu de celui qui agit, quand on peut démontrer que le signe qui, dans toute autre circonstance, indiquerait la volonté, a un sens différent, ou quand l'auteur de la déclaration est sous l'influence d'une erreur qui exclut toute volonté et n'en laisse que l'apparence. Dans ces deux cas, il y a déclaration sans volonté, mais avec intention dans le premier cas, sans intention dans le second.

La déclaration sans volonté et avec intention, offre en théorie peu de difficultés, mais des faits d'un caractère douteux rendent quelquefois l'application difficile. Voici les principaux cas de ce genre.

Des mots capables en eux-mêmes d'exprimer une volonté parfaite, peuvent être employés pour représenter cet état d'incertitude (§ 130), qui sert d'acheminement à la volonté véritable (*b*).

reservatio mentalis, et, chose singulière, lui attribue un effet; mais on ne sera jamais tenté de voir dans cette décision un principe de droit. Cf. Böhmer, Jus eccl. Prot. Lib. IV, tit. 1, § 142.

(*b*) L. 24, de test. mil. (XXIX, 1). On sait que les testaments des soldats ne sont assujettis à aucunes formes. La loi

Les mots consacrés ordinairement aux actes juridiques peuvent être prononcés par forme de plaisanterie, soit comme enseignement de la langue ou du droit (*c*), soit à l'occasion d'une représentation dramatique.

Ils peuvent en outre être appliqués à un acte juridique véritable, mais avec un sens purement symbolique, et par là, ils perdent leur signification immédiate. Ainsi, chez les Romains, le testament ne conférait aucun droit réel au *familiæ emtor* (*d*). La formule du contrat de vente était employée pour la mancipation, et dans d'autres cas (*e*), d'une manière purement sym-

dit à ce sujet : « Id privilegium sic intelligi debet... ut utique « prius constare debeat, testamentum factum esse .. Ceterum « si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui, *Ego* « *te heredem facio :* aut, *Tibi bona mea relinquo :* non opor- « tet hoc pro testamento observari... et per hoc judicia vera « subvertuntur. » Ici, comme dans les cas du même genre, il s'agit d'interpréter les termes (§ 131), et d'apprécier leur relation avec l'ensemble des circonstances extérieures.

(*c*) L. 3, § 2, de V. O. (XLV, 1) : « Verborum quoque obli- « gatio constat, si inter contrahentes id agatur : nec enim, « si per jocum puta, vel demonstrandi intellectus causa, ego « tibi dixero : *Spondes ?* et tu responderis, *Spondeo :* nascetur « obligatio. » Ce principe, admis en matière de stipulation, s'appliquait à plus forte raison aux autres contrats, dont on subordonnait la lettre à l'intention des parties.

(*d*) Gaius, II, § 103.

(*e*) Gaius, II, § 252 ; L. 66, de j. dot. (XXIII, 3).

bolique, et dans une ancienne forme de la *vindicatio*, nous voyons contracter une *sponsio præjudicialis* de vingt-cinq sesterces, uniquement destinée à régulariser la procédure, et dont on ne réclamait jamais l'exécution (*f*).

Quand un acte juridique a été déterminé par des menaces, l'acte n'en est pas moins efficace en soi; mais le droit positif fournit à celui qui a subi les menaces plusieurs espèces de protection contre les suites fâcheuses de cet acte (§ 114). Il n'en est pas de même quand la menace a pour objet de déterminer, non pas la volonté elle-même, mais simplement le signe de la volonté, quand, par exemple, quelqu'un cédant à la menace, met son nom au bas d'un acte qu'il n'a pas lu (§ 131). Ici, évidemment, il n'y a pas de volonté, puisque le signataire ignorait le contenu de l'acte. Nous ne voyons ici qu'un simple signe destiné, non à manifester la volonté, mais à écarter un mal imminent (*g*).

(*f*) Gaius, IV, § 93, 94.

(*g*) La distinction de ces deux cas, qui, en théorie, n'est pas douteuse, peut, dans la pratique, offrir des difficultés; car leurs limites se confondent. Néanmoins, cela n'a pas de graves inconvéniens, car la nullité du contrat ou la violence ont des conséquences à peu près semblables. — Mais si le signataire de l'acte a été forcé de signer par quelqu'un qui lui conduisait la main, alors il n'a pas agi du tout, pas plus que celui dont on imite la signature. Comme il n'y a de sa

Je citerai enfin le cas de la simulation, le seul dont parlent ordinairement les auteurs. On entend par simulation le cas où plusieurs personnes s'accordent pour donner à une déclaration un sens différent du sens ordinaire (*h*). Le principe général est que l'on doit suivre l'intention véritable des parties, sans s'arrêter au sens apparent des mots (*i*). Il y a lieu d'appliquer ce principe :

1° Quand les parties n'ont voulu faire aucun acte juridique, bien qu'il y en ait un exprimé (*k*);

2° Quand elles ont voulu faire un acte autre que celui exprimé (*l*);

part aucune déclaration, on n'a pas besoin de prouver qu'elle est contraire à sa volonté.

(*h*) C'est à ce sujet que se rapporte le titre du Code : Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur (IV, 22). — Une intention immorale et injuste sert ordinairement de base à la simulation, mais cela n'est pas vrai dans tous les cas.

(*i*) L. 1, C. tit. cit.

(*k*) L. 64, de O. et A. (XLIV, 7); L. 55, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 4, § 5, de in diem addict. (XVIII, 2); L. 30, de ritu nupt. (XXIII, 2); L. 1, C. de don. ante nupt. (V, 3); L. 20, C. de don. int. vir. (V, 16); L. 3, C. de repud. (V, 17).

(*l*) L. 36, 38, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 14, pr. de in diem addict. (XVIII, 2); L. 46, loc. (XIX, 2); L. 5, § 5, L. 7, 6, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 3, C. tit. cit.; L. 3, C. de contr. emt. (IV, 38). — Dans plusieurs de ces textes, on ne sait s'il s'agit d'une simulation ou d'une fausse dénomination donnée à un contrat; et la même incertitude peut se présenter dans la pratique. Mais comme dans les deux cas le résultat est le même, cela n'a pas d'inconvénient.

3° Quand le rapport de droit est établi pour d'autres personnes que celles désignées par la déclaration de volonté (*m*).

Tous ces cas, malgré leurs différences, ont ce caractère commun, que la contradiction entre la volonté et la déclaration ne réside pas uniquement dans la pensée de celui qui agit, mais peut être connue de ceux qui se trouvent avec lui en contact immédiat.

§ CXXXV. — III. *Déclarations de volonté. — Déclaration sans volonté. Sans intention* (*a*).

Quand il y a déclaration sans volonté et sans intention, celui qui agit a cru faire un acte juridique véritable, mais il n'a pas eu la volonté nécessaire pour le réaliser. L'erreur accompagne toujours une semblable déclaration; mais tel n'est pas le motif de la protection accordée contre le dommage qu'elle entraîne, ce motif est tout négatif; c'est l'absence de la volonté, et la volonté seule pourrait justifier le dommage (*b*). L'erreur

(*m*) L. 2, 4, C. tit. cit.; L. 5, 6, C. si quis alteri vel sibi (IV, 50); L. 16, C. de don. int. vir. (V, 16).

(*a*) Cette matière est traitée d'une manière générale dans H. Richelmann, der Einflusz des Irrthums auf Verträge. Hannover, 1837.

(*b*) Dans le cas de la *condictio indebiti*, c'est l'erreur qui donne lieu au droit de répétition; car le payement est en soi-

est donc ici ce que j'appelle ailleurs l'erreur improprement dite (*c*), et cette distinction n'a pas seulement le mérite d'offrir à la théorie une définition claire et précise, il s'y rattache encore des conséquences importantes dans la pratique. Ainsi, une semblable erreur dispense de toute obligation, sans qu'il y ait lieu d'examiner si l'erreur était ou non facile à éviter (*d*). Mais il ne faut pas croire que l'erreur soit ici moins importante que, dans d'autres cas, l'erreur proprement dite; elle l'est à un autre titre : elle nous montre

même un acte valable et efficace, et c'est exceptionnellement et par suite de l'erreur qu'il se trouve annulé. — Si, au contraire, dans la vente d'une maison, il y a *error in corpore*, celui qui se refuse à l'exécution du contrat, allègue le défaut de consentement mutuel, c'est-à-dire, l'absence même du contrat. Ce défaut de consentement mutuel, s'il eût été connu des parties, aurait indubitablement empêché l'obligation de naître; quoique inconnu pendant un temps, il n'en produit pas moins cet effet. Ainsi donc, ce n'est évidemment pas l'erreur qui empêche l'obligation de naître, puisque, indépendamment de l'erreur, il n'y aurait pas non plus d'obligation.

(*c*) Appendice VIII, Num. XXXIV.

(*d*) Dans l'espèce citée plus haut (note *b*), le vendeur peut avoir désigné clairement la maison qu'il voulait aliéner, et l'acheteur avoir mal entendu par inadvertance. Quoique ce défaut d'attention soit blâmable, l'acheteur n'a jamais voulu acquérir la maison qu'on lui offrait. Or, sans cette volonté, il n'y a pas de contrat relativement à la maison désignée; et sans contrat, pas d'obligation.

que la volonté qui semble résulter de la déclaration, n'existe pas en réalité (§ 134), et que dès lors, il n'y a pas lieu d'admettre ses conséquences juridiques.

La difficulté du cas qui nous occupe tient à la multiplicité des formes sous lesquelles il se présente, et dont je vais d'abord donner un aperçu. Elles se rapportent tant à la personne induite en erreur, qu'à l'objet même de l'erreur.

Relativement à la personne, il y a deux cas principaux possibles :

A. La volonté d'un individu est en contradiction avec la volonté de ce même individu.

Cela peut se présenter encore dans une déclaration de volonté unilatérale : si, par exemple, un testateur se trompe sur les personnes et nomme un héritier ou un légataire autre que celui qu'il voulait, ou se trompe sur les choses, et lègue une chose pour une autre.

Quant aux déclarations de volonté synallagmatiques, l'erreur peut être d'un côté (*e*), ou des deux côtés (*f*).

B. La volonté de chacune des parties contrac-

(*e*) Ainsi, par exemple, quelqu'un achète un vase de vermeil pour un vase d'or, tandis que le vendeur savait que le vase était de vermeil. Ici, en outre, le vendeur peut connaître ou ignorer l'erreur de l'acheteur.

(*f*) Si, par exemple, l'acheteur et le vendeur croyaient tous deux que le vase de vermeil était d'or.

tantes est conforme à sa déclaration, de sorte que chacune d'elles veut et exprime une chose vraie, mais différente de celle que l'autre comprend. Ici, chacun se trompe uniquement sur la volonté et la déclaration de l'autre. Pour admettre une erreur, il nous faut les identifier artificiellement comme sujets d'une volonté commune, d'où l'on voit que ce cas rentre dans ceux exposés plus haut (*g*).

Si, pour chacun de ces cas, il existait une règle spéciale, et que pour chaque texte du droit romain, il nous fallût rechercher lequel de ces cas avait en vue l'ancien jurisconsulte, notre tâche serait fort difficile. Heureusement, il n'en est pas ainsi; tous ces cas ont cela de commun, qu'ils excluent absolument l'existence d'une déclaration de volonté efficace, et jamais ils ne constituent un acte juridique véritable. Si je les ai énumérés ici, c'était afin de faire ressortir la

(*g*) Selon que l'on adopte l'un ou l'autre point de vue, on peut envisager ce cas comme *dissensus in corpore*, ou comme *error in corpore*. Ces deux expressions sont donc également justes et répondent aux deux faces de la même idée. Toutes deux se trouvent dans les sources, et les anciens jurisconsultes les emploient indifféremment. Cf. L. 9, pr., § 2, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 57, de O. et A. (XLIV, 7); L. 4, pr. de leg., 1 (XXX, un.). — Ici le malentendu vient le plus souvent de ce que, de part et d'autre, la volonté n'était pas clairement exprimée.

multiplicité des applications du principe général (*h*).

Relativement à l'objet de l'erreur, je signalerai les cas suivants :

I. L'erreur peut se rapporter au contenu de la volonté dans son ensemble : si, par exemple, quelqu'un signe un acte (§ 131) substitué à l'acte véritable, ou lu infidèlement, ou si un mandataire abuse d'un blanc seing qui lui a été donné et le remplit contrairement aux intentions du signataire.

Ce cas n'est susceptible d'aucun doute et n'a pas besoin d'être développé.

II. L'erreur peut aussi se rapporter à une partie seulement de la volonté, savoir :

1° A la nature de l'acte juridique;

2° A la personne en présence de laquelle on se trouve pour la formation du rapport de droit;

(*h*) Erreur unilatérale et bilatérale sont les expressions techniques qu'emploient les auteurs modernes, et que chacun définit à sa manière, selon qu'il embrasse plus ou moins complétement les cas proposés. Cf. Thibaut, Pandekten, § 449, 450; Versuche, II, p. 120; Richelmann, p. 9. Inutile de discuter le mérite de cette phraséologie, mieux vaut s'en abstenir tout à fait. — Au reste, quand je place tous ces cas sur la même ligne, cela veut dire que dans aucun d'eux il n'y a de contrat valable. Sans doute le dol de l'une des parties peut avoir en outre des conséquences spéciales, mais qui sont hors de mon sujet, puisque je parle uniquement des effets de la déclaration de volonté.

3° A la chose qui fait l'objet du rapport de droit.

Ces trois derniers cas sont les seuls qui aient besoin de développements. Je vais les examiner en détail; mais avant, il importe d'approfondir leur nature commune. Dans chacun d'eux, nous voyons une erreur accompagner l'acte juridique, erreur qui nous révèle l'absence de la volonté véritable, et dès lors l'invalidité de l'acte. Mais l'erreur n'implique pas toujours l'absence de la volonté; c'est pourquoi il importe de déterminer rigoureusement dans quelles limites s'exerce cette influence. Les auteurs modernes rendent très-bien cette distinction par les expressions erreur essentielle et erreur non essentielle. Ainsi, reprenant la classification précédente, j'aurai d'abord à préciser les cas où il y a erreur essentielle, puis j'ajouterai quelques exemples de l'erreur non essentielle, afin de prévenir les extensions erronées que l'on pourrait faire des uns aux autres.

Il est bon de faire entrer ici en parallèle certaines circonstances exposées précédemment et qui rendent la volonté plus ou moins inefficace, la violence et la fraude (§ 114-115). Là, il y avait réellement une volonté, mais dont le droit positif neutralisait les effets. Ici, au contraire, on nie absolument l'existence de la volonté et de tout rapport de droit qui en serait la suite. On peut

appliquer à cette distinction une phraséologie romaine : dans le cas de la violence et de la fraude, on admet une nullité *per exceptionem* qui répond très-bien au but; dans le cas de l'erreur essentielle, le rapport de droit est nécessairement nul *ipso jure*.

§ CXXXVI. — III. *Déclarations de volonté.— Déclaration de volonté. Sans intention.* (Suite.)

Parmi les cas de l'erreur essentielle et par conséquent exclusive de la volonté, le premier et le plus évident est celui qui touche la nature même du rapport de droit.

Si donc je promets à quelqu'un de lui prêter une chose, si celui-ci entend que je lui en fais donation, je ne suis nullement obligé. De même, si je veux donner à quelqu'un une somme d'argent et que celui-ci la reçoive comme un prêt, il n'y a pas d'obligation de prêt contractée (*a*).

Un second cas non moins évident de l'erreur essentielle, est celui qui touche la personne en présence de laquelle nous nous trouvons pour la formation du rapport de droit. Dans plusieurs

(*a*) L. 3, § 1, de O. et A. (XLIV, 7) : « ... non obligabor « ei, quia non hoc inter nos factum est. » L. 9, pr. de contr. emt. (XVIII, 1) : « ... sive in ipsa emtione dissentient... em« tio imperfecta est... » — On verra plus bas (§ 161) l'application spéciale de ce principe à la donation.

de ses applications, ce principe n'a jamais été contesté. Ainsi donc, si dans un testament écrit un testateur nomme un héritier, tandis qu'il avait certainement en vue une autre personne qu'il confondait avec celle nommée, l'institution n'est valable ni pour l'une ni pour l'autre (*b*). Cette méprise se conçoit plus facilement encore s'il s'agit d'un testament verbal, et que le testateur, désignant de la main son héritier ou son légataire, confonde les personnes, soit à cause de la faiblesse de sa vue ou de l'obscurité entretenue dans la chambre d'un malade. — La nullité d'un mariage contracté dans de semblables circonstances, n'est pas non plus douteuse, alors même que les prétendus époux auraient reçu la bénédiction de l'Église (*c*). — De même aussi une obligation contractuelle est nulle quand une des parties croit traiter avec une personne autre que celle avec laquelle elle traite effectivement. Dans plusieurs cas, cela est trop évident pour avoir jamais été mis en doute: si, par exemple, je veux faire une donation à une personne déterminée, mais que je n'ai jamais vue, et que l'on m'en présente une autre; si je veux commander un ouvrage d'art à un artiste déterminé, et qu'un

(*b*) L. 9, pr. de her. inst. (XXVIII, 5): « Quotiens volens « alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore ho- « minis errans... »

(*c*) Eichhorn, II, p. 352.

autre se donnant pour lui vienne contracter avec moi.

Quelques auteurs ont voulu à tort restreindre à ces cas l'application de ce principe, tandis qu'il faut l'admettre dans sa généralité (*d*). Les décisions suivantes du droit romain ne laissent aucun doute à cet égard. Si je crois recevoir de Gaius un prêt que Séjus fait effectivement, il n'y a pas d'obligation de prêt contractée (*e*). A la vérité, Séjus aura contre moi une action, non pas une action spéciale (*f*), mais la *condictio* ordinaire *ob causam datorum*. En effet, Séjus m'a donné l'argent dans l'attente que je deviendrais son débiteur, et cette attente se trouve trompée par mon erreur sur sa personne (*g*). — Si je crois

(*d*) Thibaut, Pandekten, II, p. 114; Mühlenbruch, § 338, et surtout Richelmann, p. 24-32, qui traite cette question avec profondeur.

(*e*) L. 32, de reb. cred. (XII, 1) : « ... non quia pecuniam « tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non po- « test... »

(*f*) Ainsi, par exemple, on a voulu l'appeler *Juventiana condictio*, du nom de Juventius Celsus, auteur du texte cité des Pandectes. Cf. Glück, XII, p. 25; XIII, p. 200.

(*g*) Ce cas est absolument semblable à celui où une somme d'argent ayant été promise en dot, le mariage ne se réalise pas; ici encore s'évanouit la *dotis obligatio* qui était en expectative. L. 6; L. 7, § 1; L. 8, de cond. ob causam datorum (XII, 4). Cela aussi résulte de la nature générale de cette condiction, qui s'applique aux choses données pour une

faire un prêt à Titius, homme riche mais que je ne connais pas personnellement, et qu'on me présente un autre à sa place, il n'y a pas d'obligation de prêt contractée, la propriété de l'argent ne passe pas à celui qui l'a reçu, et même, s'il est complice de la fraude, il doit être poursuivi comme voleur (*h*). L'opinion erronée de plusieurs auteurs sur ce point, tient à ce que souvent la substitution de personnes ne compromet aucun intérêt, dès lors on laisse subsister le contrat dont la nullité pourrait toujours être réclamée; quelquefois même, après la découverte de l'erreur, on le ratifie expressément (*i*).

fausse *causa futura*; de même que la *condictio sine causa* et *indebiti* s'applique également à la *causa præsens* et *præterita*.

(*h*) L. 52, § 21; L. 66, § 4, de furtis (XLVII, 2).

(*i*) Lorsque j'achète ou que je vends une chose, la personne du vendeur ou de l'acheteur m'est souvent indifférente; mais il peut en être autrement à cause du droit d'éviction qui compète au vendeur, ou de l'insolvabilité de l'acheteur. En matière de prêt, la personne du débiteur a beaucoup d'importance, celle du créancier en a moins. Quand je loue une maison, la personne du locataire peut, en général, être regardée comme importante; mais cet intérêt diminue en ce que le droit romain, admettant la *sublocatio*, on peut ainsi arriver au même résultat que par un locataire interposé. — Le principe général est que chacun peut invoquer cette nullité du contrat. — On verra, § 161, une modification aux règles précédentes en matière de donation.

Il me reste à parler de l'erreur sur la chose, c'est-à-dire, sur l'objet du droit. Celle-ci, revêtant des formes beaucoup plus variées que l'erreur sur la personne, présente aussi plus de difficultés.

Voici la forme la plus simple et la plus évidente sous laquelle se montre cette espèce d'erreur. Le rapport de droit a pour objet une chose désignée individuellement, et il y a méprise sur l'individualité, *error* ou *dissensus in corpore* (§ 135, *g*). Dans un pareil cas, il n'y a évidemment point d'acte juridique; en voici quelques exemples: Un testateur veut léguer une chose et il la confond avec une autre qu'il désigne, alors le legs n'est valable pour aucune de ces deux choses (*k*). — Si, dans un contrat de vente, l'acheteur et le vendeur ne s'entendant pas, ont chacun en vue une chose différente individuellement, il n'y a pas de contrat. Ce principe s'applique également au louage et à la société (*l*), aux stipulations (*m*), et aux donations qui peu-

(*k*) L. 9, § 1, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 4, pr. de leg., 1 (XXX, un.).

(*l*) L. 9, pr. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 57, de O. et A. (XLIV, 7).

(*m*) § 23, J. de inut. stip. (III, 19); L. 83, § 1; L. 137, § 1, de V. O. (XLV, 1). Ainsi donc, la distinction entre les contrats unilatéraux et synallagmatiques, comme entre les *b. f.* et *str. j. contractus*, n'a ici aucune influence. — C'est vraisemblablement au cas de l'*error in corpore* dans les con-

vent se faire avec et sans stipulation (*n*). — La tradition exige aussi l'accord des volontés, autrement elle n'est pas valable (*o*), et ne transfère ni la propriété directe ni la capacité de l'usucapion (*p*). — Dans un cas seulement, celui d'une contestation judiciaire, le malentendu sur l'individualité de la chose n'empêche pas la validité des actes juridiques. Si donc après le jugement le défendeur soutient qu'il n'avait pas en vue la même chose que le demandeur, son allégation n'est pas admise, car on pourrait aisément, par ce moyen, se faire un jeu des décisions judiciaires (*q*).

trats, que se rapporte ce texte très-vague. L. 116, § 2, de R. J. (L. 17) : « Non videntur qui errant consentire. » Cf. Appendice VIII, Num. VII, et Num. XXXIV, *g*.

(*n*) L. 10, C. de donat. (VIII, 54).

(*o*) L. 34, pr. de adqu. poss. (XLI, 2).

(*p*) L. 2, § 6, pro emt. (XLI, 4).

(*q*) L. 83, § 1, de V. O. (XLV, 1) : « ... actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse. » Mais il ne faut pas, et cela s'entend de soi-même, que le demandeur, par un exposé inexact, ait lui-même occasionné l'erreur. Indépendamment de ce cas, le défendeur se fera aisément restituer, si son erreur est vraisemblable et son intérêt justifié. — Dans l'ancienne procédure des Romains, les *manus consertæ*, comme préliminaires de la revendication, avaient précisément pour but de rendre impossible toute erreur sur l'objet en litige. A cet effet, les choses mobiliaires étaient apportées devant le prêteur, et s'il s'agissait d'un immeuble, les parties s'y transportaient ensemble.

L'objet du rapport de droit qui donne lieu à l'erreur, peut être une chose déterminée, seulement par son espèce et sa quantité. Si l'erreur tombe sur l'espèce même de la chose, ce cas est assimilé à celui de l'*error in corpore*, quand, par exemple, dans une vente de grains, le vendeur entend du seigle et l'acheteur du froment. Si le malentendu roule seulement sur la quantité (*r*), ou cette quantité est l'unique objet du contrat, ou elle se rapporte à une prestation réciproque. Dans le premier cas, on regarde comme véritable objet du contrat la quantité moindre, parce qu'il y a effectivement accord de volontés quant à cette quantité (*s*). Dans le second cas, il faut

(*r*) Ici on ne pense ordinairement qu'à une somme d'argent; mais en fait de marchandises il peut aussi y avoir malentendu sur la quantité, si, par exemple, le vendeur offre 500 mesures de seigle et que l'acheteur entende 300. On peut, en outre, fixer le prix de chaque mesure ou de la totalité, sans qu'il y ait dans cette désignation aucun malentendu sur la quantité. — De semblables erreurs sur la quantité se conçoivent aisément, quand les affaires se traitent par correspondance et que les chiffres ne sont pas écrits lisiblement.

(*s*) L. 1, § 4, de V. O. (XLV, 1). En effet, celui qui offre vingt, a réellement offert dix, plus dix; si l'autre partie accepte dix, dans la persuasion qu'on ne lui offre pas autre chose, il y a pour ces dix consentement, et par conséquent contrat; quant à l'autre somme de dix, il n'y a pas de contrat, et réciproquement dans le cas inverse.

distinguer si celui qui doit fournir la quantité douteuse, l'a voulu plus grande ou moindre que l'autre partie contractante; s'il l'a voulu plus grande, le contrat est valable pour la quantité moindre; s'il l'a voulu moindre, il n'y a pas de contrat (*t*). — Ce sont là de véritables malentendus sur la quantité, et on ne doit pas les confondre avec le cas suivant. Quand un testateur s'exprime en ces termes : « Je lègue dix écus qui se trouveront dans ma caisse au jour de mon décès; » le légataire ne peut jamais recevoir plus de dix écus, mais moins ou même rien s'il ne se trouve rien dans la caisse. Cette règle s'applique aux stipulations où l'on admet que le débiteur était dans l'incertitude sur l'état de sa caisse (*u*),

(*t*) L. 52, locati (XIX, 2) : « Si decem tibi locem fundum, « tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. « Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te con- « ducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego « putavi. » En effet, celui qui offre dix pour prix d'un loyer, a, par là même, offert cinq, et pour ces cinq il y a consentement. Mais le propriétaire qui veut louer dix n'a aucun motif pour se contenter de cinq. — Il peut paraître singulier que, dans cet exemple, on parle d'une somme aussi minime comme loyer d'un domaine; mais il faut observer que quand les anciens jurisconsultes prennent des nombres cardinaux comme exemple, ils entendent ordinairement autant de fois 1000 sesterces. Ainsi, *Decem* est un loyer annuel de 10,000 sesterces, un peu plus de 1800 francs.

(*u*) L. 108, § 10, de leg. 1 (XXX, un.); L. 1, § 7, de dote præleg. (XXXIII, 4).

et elle repose sur l'interprétation suivante de l'acte : Le débiteur offre à son créancier l'argent contenu dans sa caisse, rien que cet argent, mais jusqu'à concurrence d'un maximum déterminé. Cette décision rentre dans les règles établies pour l'interprétation des actes; mais cette interprétation admise, il ne s'agit nullement d'erreur, c'est-à-dire, de contradiction entre la déclaration et la volonté.

§ CXXXVII. — III. *Déclarations de volonté. — Déclaration sans volonté. Sans intention. Error in substantia.*

L'énumération qui précède des cas de l'erreur essentielle, pourrait en soi passer pour complète; surtout il semble qu'on ne devrait pas appeler erreur essentielle celle qui ne tombe que sur une des qualités de la chose désignée individuellement. Il y a néanmoins des cas où une semblable erreur a tous les effets de l'erreur essentielle. Avant d'étudier leur nature, nous devons reconnaître que ce sont là des exceptions rigoureusement déterminées; car, poser en principe que toute erreur, sur une qualité quelconque de la chose qui forme l'objet du rapport de droit, exclut la volonté, ce serait détruire la sûreté des transactions sociales.

Les auteurs modernes désignent les cas de cette

espèce par l'expression technique de *error in substantia*, et cette expression, comme tant d'autres du même genre, n'a pas peu contribué à embrouiller la matière. L'habitude de cette expression prétendue technique a conduit insensiblement à supposer un principe dominant que l'on peut traduire ainsi : *Quotiens in substantia erratur, nullus est consensus.* On verra dans la suite de cette recherche combien un semblable principe est loin de la vérité (§ 138, *a*).

Il s'agit maintenant d'examiner les différents cas où l'erreur sur les qualités de la chose a les mêmes effets que l'*error in corpore*, et de ramener, s'il est possible, ces différents cas à une règle commune. Ici, il faut moins se tenir à des notions abstraites que consulter l'opinion générale et les habitudes de la vie réelle, ce qui ôte à cette recherche son caractère purement juridique.

Les jurisconsultes romains citent quatre cas particuliers de ce genre :

1° Si quelqu'un achète un meuble (*a*) de

(*a*) Comme les textes cités parlent le plus souvent de *aurum*, *æs*, *argentum*, *plumbum*, on pourrait croire qu'il s'agit de métaux non travaillés ; mais dans le fait il s'agit de métaux travaillés, comme le prouve l'exemple de la L. 14, de contr. emt. (XVIII, 1), où ce qui d'abord est appelé *aurum* et *æs*, est ensuite spécifié comme « *viriola* aurea et ænea ; » de même aussi nous voyons, L. 45 eod., « *vas* aurichalcum. »

bronze (*b*) qu'il prend pour de l'or;

2° Un meuble de plomb, de cuivre, etc., ou même de bois, qu'il prend pour de l'argent (*c*);

3° Du vinaigre qu'il prend pour du vin (*d*);

4° Ou enfin une esclave qu'il prend pour un esclave (*e*). Dans ces différents cas, il n'y a pas consentement de l'acheteur.

Dans les trois premiers cas, l'erreur tombe sur la matière, qui est une fois appelée *substantia* (*f*), mais que beaucoup d'autres textes désignent par

J'ajoute que des exemples empruntés aux relations de la vie ordinaire se rapportent plus naturellement à des métaux travaillés. Les métaux bruts ne sont guère l'objet d'un contrat que pour des commerçants, des ouvriers ou des fabricants, et il est rare que ceux-ci se trompent sur l'objet de leur négoce.

(*b*) *Æs*, ce métal dont les Romains faisaient un si grand usage et dont nous avons tant de monuments dans les ustensiles et les statues de l'antiquité, n'était pas le cuivre, mais un mélange dont le cuivre forme la base.

(*c*) Sur ces deux premiers cas, voyez L. 9, § 2; L. 10; L. 14; L. 1, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1). Dans ce dernier texte, *mensa argento cooperta* peut aussi bien désigner du bois que du métal argenté.

(*d*) L. 9, § 2, de contr. emt. (XVIII, 1). Ici l'on remarque expressément que ce doit être du vinaigre véritable, c'est-à-dire préparé comme tel, et non du vin aigri. Rapprochez de ce texte la L. 9, § 1, 2, de tritico (XXXIII, 6).

(*e*) L. 11, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1).

(*f*) L. 9, § 2, de contr. emt. (XVIII, 1).

le synonyme de *materia* (*g*). Cette circonstance devrait seule nous faire hésiter à inscrire en tête de cette recherche *error in substantia*, surtout quand il n'est pas dit que toute erreur sur la matière, et ce genre d'erreur seulement, équivaut à une *error in corpore*. Écartons pour un instant l'idée abstraite de matière, et examinons attentivement chacun de ces différents cas.

Pour les ouvrages de métal, entre la marchandise que l'acheteur croit recevoir et celle qu'il reçoit effectivement, il y a une très-grande différence de valeur. Cette différence, qui frappe tout d'abord, n'est cependant pas ici la circonstance essentielle, car nous n'aurions aucun moyen d'appliquer avec sûreté ce terme de comparaison à d'autres matières; ensuite, la différence entre l'or fin et l'or à bas titre ne constitue jamais une erreur essentielle (*h*), malgré la différence de valeur, surtout quand la proportion de l'alliage

(*g*) L. 9, § 2; L. 11, pr.; L. 14, de contr. emt. (XVIII, 1). Ainsi, dans l'examen de la question relative au travail de la chose d'autrui, *materia* est opposé à *species*; § 25, J. de rer. div. (II, 1); L. 7, § 7; L. 24, de adqu. rer. dom. (XLI, 1).

(*h*) L. 10, 14, de contr. emt. (XVIII, 1). Dans ce dernier texte, *si inauratum aliquid sit*, ne veut pas dire si le vase est doré, mais bien si la matière du vase est un mélange d'or et d'un autre métal. Cela résulte du rapprochement des expressions qui précèdent; et d'ailleurs, s'il s'agissait d'un vase doré, *aliquid* n'aurait aucun sens.

est tout à fait indéterminée. Si, maintenant, nous consultons l'opinion généralement adoptée par le commerce, nous voyons que les meubles d'or et d'argent, comparés à ceux d'autres métaux, sont regardés comme une classe de marchandises particulières. La différence fondamentale tient à ce que, pour les métaux précieux, après que l'objet fabriqué a été détruit ou est passé de mode, il reste dans la matière une valeur importante, tandis que pour les autres métaux, cette valeur est très-minime, et quelquefois nulle. Aussi voyons-nous que la fabrication et la vente des métaux précieux forme une branche de commerce spéciale. Si nous nous arrêtons à ce point de vue naturel et confirmé par une expérience journalière, voici quelles sont les conditions et les limites de la règle proposée :

Elle s'applique exclusivement aux objets que fabriquent les artisans, non aux objets d'art proprement dits, pour lesquels la matière est chose tout à fait secondaire (*i*). Elle s'applique aux

(*i*) Pour une sculpture de Benvenuto Cellini, qu'elle soit en argent ou argentée, c'est une considération secondaire. La vaisselle d'or ou d'argent, au contraire, s'achète ordinairement au poids, bien que l'on tienne compte de la façon, c'est-à-dire, que le prix du marc s'en trouve plus ou moins augmenté. — Pour les montres, la question pourrait être douteuse; car ce que l'on appelle une montre d'or n'est, en réalité, qu'une montre dans une boîte d'or. Ainsi, pour une

objets dorés, argentés ou plaqués (*k*); car, s'il y entre effectivement des métaux précieux, ces métaux ne se retrouvent plus séparément, la forme une fois détruite. Enfin, elle s'applique aussi au vase de vermeil qu'on prend pour de l'or, car la différence de valeur entre l'or et l'argent est commercialement aussi importante que celle qui existe entre les métaux précieux et les autres métaux. Elle ne s'applique pas aux ustensiles d'un métal non précieux, s'il y a erreur sur l'espèce de ce métal; car bien que la différence du métal influe ordinairement sur la valeur, la forme et la destination de l'ustensile est le plus souvent la chose principale, l'espèce du métal, la chose secondaire, comme pour un vase d'or le titre de l'or. De ces diverses applications, il résulte clairement que, même pour les métaux travaillés, la règle repose sur un autre principe que l'idée abstraite de la matière.

Quant au vin et au vinaigre, il y a sans doute une différence dans la matière; et, d'un autre côté, on ne peut pas dire en général que la différence de la valeur soit ici décisive, car, du vi-

montre ordinaire, l'erreur sur la matière de la boîte serait une erreur essentielle, mais non pour une montre d'un travail extraordinaire. S'il s'agit d'un chronomètre, par exemple, la valeur de la boîte est un accessoire de peu d'importance.

(*k*) L. 41, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1). Cf. note *c*.

naigre d'une qualité supérieure et soigneusement préparé, peut être beaucoup plus cher que du vin médiocre; et même du vin tourné, par conséquent très-mauvais, ne peut jamais être la raison suffisante d'une erreur essentielle. Ici donc, comme pour les métaux travaillés, l'erreur essentielle est déterminée, non par la différence du prix, mais par la disparité complète de la marchandise.

Enfin, pour les esclaves de différents sexes, la différence ne tient pas en général à la valeur vénale, car souvent une femme esclave était vendue beaucoup plus cher qu'un homme. Il serait encore plus extraordinaire de chercher ici une différence dans la matière, et jamais aucun jurisconsulte romain n'a prétendu qu'il y eût entre les deux sexes une différence de *substantia* ou *materia*. Mais les esclaves étant destinés à servir et à travailler, les hommes s'employaient hors de la maison pour la culture des terres et pour les fabriques; les femmes étaient réservées au service intérieur de la maison et à des travaux d'aiguille; dès lors, on considérait les deux sexes comme deux marchandises différentes, et voilà pourquoi une erreur sur le sexe constituait une erreur essentielle. Ici donc, il ne faudrait pas s'en tenir à l'idée abstraite du sexe et étendre la règle à la vente des animaux; ainsi, par exemple, l'usage que l'on fait des chevaux est ordinai-

rement indépendant de leur sexe, et une erreur sur ce point n'est jamais une erreur essentielle.

Si l'on rapproche ces diverses applications, on en tire le principe général suivant. L'erreur sur une qualité de la chose est essentielle, lorsque, d'après les idées admises dans les relations de la vie réelle, la qualité faussement supposée range la chose dans une autre classe d'objets que celle dont elle fait partie. Pour cela, la différence de la matière n'est ni une condition nécessaire, ni toujours suffisante, et l'expression *error in substantia* est, dès lors, une désignation impropre (*l*).

Je vais faire l'application de ce principe à certains cas non mentionnés dans les sources du droit. L'erreur est essentielle lorsque de faux diamants ou de fausses perles sont achetés comme véritables (*m*). Il en est de même des animaux de

(*l*) Celui qui achète du vin, n'entend pas acheter un liquide quelconque contenu dans un tonneau; c'est du vin qu'il se propose d'acquérir. De même, celui qui achète un vase d'or, ne pense pas à un vase en général, mais à l'or qui fait la matière du vase. Cette pensée s'exprime ainsi en droit romain: on achète une *species*, mais sous la condition tacite qu'elle appartient à un *genus* déterminé. Si donc, au lieu de vin, le tonneau contient du vinaigre, ce cas serait semblable à celui où le vendeur d'un esclave aurait caché, sous un vêtement ou sous le nom très-commun de Stichus, un autre esclave que celui que l'acheteur avait en vue.

(*m*) Cette règle s'applique aux pierres et aux perles qui ne

différentes espèces, car personne n'achète un animal *in abstracto;* mais chaque espèce d'animaux forme une espèce particulière de marchandises, indépendamment de la différence de leur valeur vénale. — J'en dis autant des métaux en barre, parce que chacun forme une espèce particulière de marchandises; des différentes espèces de grains et des différents liquides, indépendamment du vin et du vinaigre (*n*). — Enfin, on peut encore assimiler au cas précédent, celui que voici : Si j'achète un immeuble où se trouve une maison ou un bois, sans savoir que la maison ou le bois viennent d'être incendiés, l'objet du contrat, l'immeuble proprement dit, subsiste toujours (*o*); mais pour le commerce, il a changé

sont pas montées, et à celles où la monture n'a pour but que de les supporter ou de les faire ressortir, telles qu'une bague de brillants ou une parure de femme. Il en serait autrement si les pierres n'étaient placées que comme ornement, d'un vase, par exemple; alors les pierres sont un accessoire, bien que leur valeur puisse être de beaucoup supérieure à celle du vase. Cf. L. 19, § 13-16, § 20, de auro (XXXIV, 2).

(*n*) La question de l'identité ou de la différence peut varier suivant les circonstances, et même suivant les habitudes individuelles. Cf. L. 9, de tritico (XXXIII, 6) — Au reste, dans tous ces cas, on suppose que le contrat se rapporte à des sacs ou des tonneaux déterminés de marchandises, c'est-à-dire à une *species*. J'ai parlé, § 136, du cas tout différent où le contrat se rapporte à un *genus*.

(*o*) L. 98, § 8, de solut. (XLVI, 3) : « ... Non est his simi-

de nature; car tout le monde fait une différence entre un terrain nu et une maison. Aussi, le contrat est-il nul (*p*); mais cette nullité est considérée ici sous un autre point de vue. L'objet même du contrat est réputé anéanti, ce qui a plusieurs conséquences spéciales (*q*); néanmoins on peut tirer analogie de ce cas pour la question qui nous occupe.

Dans les cas suivants, au contraire, l'erreur n'est pas regardée comme essentielle, c'est-à-dire, exclusive de la volonté. Pour l'or fin ou à bas titre (note *h*); pour le bon et le mauvais vin (note *d*); pour les ustensiles de métaux non précieux; pour une esclave faussement crue vierge (*r*); pour des habits vieux ou neufs (*s*).

« lis area, in qua ædificium positum est : non enim desiit in « rerum natura esse, imo et peti potest area, et æstimatio « ejus solvi debebit : *pars enim insulæ area est, et quidem « maxima, cui etiam superficies cedit...* »

(*p*) L. 57, 58, de contr. emt. (XVIII, 1).

(*q*) En effet, dans ce cas, la stipulation est nulle (L. 1, § 9, de O. et A., XLIV, 7), tandis qu'elle serait valable dans le cas d'une erreur essentielle : si, par exemple, du bronze avait été pris pour de l'or. L. 22, de V. O. (XLV, 1).

(*r*) L. 11, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1). Ainsi donc, la vente est parfaite et valable en soi. L'acheteur n'a même une action en indemnité ou en résolution du contrat, que si le vendeur l'a trompé. L. 11, § 5, de act. emti (XIX, 1).

(*s*) L. 45, de contr. emt. (XVIII, 1) : « ... si vestimenta in- « terpola quis *pro novis emerit*. » D'après ces mots, il est éga-

Enfin, dans un cas qui demande un examen particulier pour des meubles en bois, quand il y a erreur sur l'espèce du bois. Sans doute personne

lement possible que le vendeur ait donné les vêtements pour neufs, sciemment ou non, ou que l'acheteur seul les ait crus tels. Mais la première hypothèse est seule admissible; ici il n'y a pas d'erreur essentielle, car le contrat est supposé valable, et il n'y a pas plus de différence entre des vêtements vieux et des vêtements neufs, qu'entre du bon vin et du vin avarié, de l'or fin et de l'or à bas titre. D'un autre côté, l'action en indemnité ne peut être fondée que sur le dol du vendeur ou sur sa promesse de livrer des vêtements neufs; or, comme le jurisconsulte, indépendamment du dol, admet une obligation (« si quidem ignorabat venditor »), il faut qu'il y ait eu promesse. Cela se trouve en outre confirmé par une décision toute semblable relative à un vase de cuivre, et où il est dit : aurum *quod vendidit*. Il faut donc que le vendeur l'ait donné pour de l'or (voy. plus bas, § 138). — *Vestimenta interpola* sont des vêtements déjà portés, mais réparés, remis à neuf, et ayant nécessairement une bonne apparence, qui permette de les croire neufs. Richelmann, p. 160, assimile cette qualité de vieux vêtements au *vitium* et au *morbus*, et il prétend qu'elle donne lieu aux actions de l'édile. Mais il a été induit en erreur par ces mots de la L. 37, de ædil. ed. : « idcirco *interpolant* veteratores et pro noviciis vendunt. » Cela veut dire : les vendeurs trompent en plaçant parmi les *novicii* le *veterator*, de sorte qu'on le prend pour un *novicius*. L'édile défend expressément la vente du *veterator* sans indication de cette qualité, et c'est avec beaucoup de réserve qu'on étendait les dispositions de l'édit aux cas non exprimés, toujours d'après l'analogie du *vitium* et du *morbus*, comme dans la L. 49 eod.

ne niera que cela n'influe sur la valeur du meuble; mais cela ne change pas la nature de la marchandise, surtout quand, au moyen du poli, le bois précieux a été assez bien imité pour faire illusion. Ce cas est très-différent de celui des métaux précieux, car les différentes espèces de bois sont travaillées par les mêmes ouvriers, et une fois la forme du meuble détruite, les morceaux n'ont ordinairement aucune valeur, quelle que soit l'espèce du bois. Cette doctrine, conforme aux principes généraux, est en opposition avec celle des auteurs, trompés par la fausse similitude des métaux précieux et par l'idée abstraite de la différence de la matière. Tout dépend dans cette question de l'interprétation du texte suivant :

L. 21, § 2, de act. emti (XIX, 1) : « Quamvis « supra diximus, cum in corpore consentiamus, « de qualitate autem dissentiamus, emtionem « esse, tamen venditor teneri debet, quanti inte- « rest (emtoris se) non esse deceptum, etsi ven- « ditor quoque nesciat : veluti si mensas quasi « citreas emat, quæ non sunt. »

Je commence par l'exemple cité à la fin du texte. Quelqu'un avait acheté une table la croyant de bois citronnier, tandis qu'elle n'en était pas (*t*).

(*t*) Les Romains tiraient d'Afrique des pièces de citronnier capables de faire des meubles. Pline, Hist. nat., XIII, 15,

Le *quasi citreas* est susceptible de deux significations; il peut s'appliquer également à la simple croyance de l'acheteur et à l'assurance donnée par le vendeur; on verra tout à l'heure que ce dernier sens est celui du texte. La principale question est de savoir si l'on doit lire *emtionem esse*, comme dans les florentines, ou *emtionem non esse*, comme dans tous les autres manuscrits, peut-être sans exception. En général, on a adopté la leçon de *non*, et d'abord on partait de ce principe, que toute erreur sur la matière, et par conséquent aussi pour les meubles en bois, était une erreur essentielle; ensuite, par une méprise singulière, on croyait que ces mots *supra diximus* étaient de Tribonien et désignaient les Lois 9, 11, 14 de contr. emt. (XVIII, 1), et ainsi on se trouvait forcé de prendre *qualitas* comme synonyme de *substantia* ou *materia*. Mais cette dernière supposition est évidemment contraire à la langue, car dans tous les textes authentiques, *qualitas* désigne toujours la condition plus ou moins bonne de la chose, ce qui n'a jamais constitué une erreur essentielle (*u*).

nous donne des détails sur ce luxe incroyable : il parle d'une table qui fut payée 1,400,000 sesterces, ou 262,500 francs.

(*u*) L. 14, de contr. emt. (XVIII, 1) : « Quid tamen dicemus, si in *materia et qualitate* ambo errarent? » Prenant cette seconde expression comme une répétition surabondante de la première, on les a regardées comme synonymes ; mais

Le rapport logique de *quamvis* et de *tamen* n'est un argument décisif pour aucune des deux interprétations. Suivant moi, cela peut signifier : « Quoique le contrat soit valable, il ne s'ensuit pas que l'acheteur doive se contenter de la table sans une indemnité en argent (*v*). » Dans l'opinion que je combats, cela s'explique non moins logiquement : « Quoique le contrat soit nul en soi, le vendeur n'en est pas moins obligé par d'autres motifs indépendamment du contrat (*w*). » Ici comme dans d'autres textes, *deceptum* ne veut pas dire trompé, mais induit en erreur, de soi-même, ou par l'assurance de l'autre partie, mais sans fraude.

en réalité il y a deux cas distiucts : dans l'un, il y a eu erreur sur la substance (materia), dans l'autre sur la qualité (qualitas), et chacun de ces cas est jugé d'après une règle différente.

(*v*) Cujas trouve ridicule cette décision du jurisconsulte romain : « quoique le contrat soit valable, l'acheteur n'en a pas moins une action. » (Comm. ad L. 22, de V. O. opp., t. I). Cette phrase n'a rien de ridicule, si on la rapporte non pas à l'existence de l'action en général, mais à son objet et à son étendue.

(*w*) Quand le vendeur a promis de livrer une chose d'une qualité déterminée, et que cette condition manque, il est toujours obligé en vertu de sa promesse, et dans ce cas l'acheteur a l'action de l'édile (L. 18, pr.; L. 52, de ædil., act. XXI, 1), et aussi l'*actio emti* en dommages-intérêts (L. 13, § 3, de act. emti, XIX, 1; L. 19, § 2, de æd. act.,

Voici maintenant le sens de la phrase principale. Le contrat est valable; néanmoins le vendeur n'est pas libéré par l'accomplissement qui résulte en apparence de la tradition; il doit à l'acheteur une indemnité, *alors même qu'il ne l'aurait pas trompé, étant lui-même dans l'erreur.* D'après cette dernière décision, qui n'est nullement douteuse, le jurisconsulte suppose que le vendeur avait exprimé dans le contrat que la table était de citronnier; car il ne saurait être tenu à une indemnité que par suite de cette assurance ou de son dol; il n'y a pas de troisième cause possible. — Ainsi donc, ce texte établit que, pour les meubles en bois, l'erreur sur la matière n'est pas essentielle, que le contrat n'en est pas moins valable, car il engendre l'*actio emti.* Quant à l'indemnité due par le vendeur, s'il a

XXI, 1). On lit dans la L. 13 cit. : *Videamus an ex emto teneatur? et putem teneri,* naturellement à des dommages-intérêts, et c'est ce qu'entraîne toujours cette action. De même, notre texte porte : *teneri debet quanti interest.* Quant à l'appréciation et à l'imputation de ces dommages-intérêts, ces deux textes n'en disent rien, par ce motif bien simple, qu'un texte ne peut épuiser toutes les questions possibles relatives à une espèce; aussi ne comprend-on pas comment Richelmann, p. 65, peut prétendre que, d'après la manière dont il est parlé des dommages-intérêts, ces mots *etsi... nesciat* ne peuvent se rapporter à *teneri quanti interest.*—Il faut donc supposer qu'il y a eu une promesse expresse, d'après le même motif que dans la L. 45, de contr. emt. Voy. note *s.*

trompé l'acheteur ou garanti dans le contrat la qualité de la chose, elle résulte des principes généraux du droit. — Il est curieux de voir comment plusieurs interprètes s'efforcent de concilier leur système avec ces mots : *etsi venditor quoque nesciat.* Noodt, dont les interprétations sont en général assez aventureuses, laisse au choix du lecteur d'effacer ces mots ou de les rapporter à cette phrase (quamvis.... emtionem [non] esse); construction tout à fait contraire au génie de la langue latine (x). Bynkershoek a entendu sainement le texte, mais sans toucher à la difficulté principale, l'analogie apparente des métaux précieux (y); aussi son interprétation n'a-t-elle pas fait fortune (z).

(x) Noodt, Comm. ad Pand., XVIII, 5. Richelmann, p. 66, admet la construction que je viens d'indiquer, sans s'apercevoir qu'elle est impossible.

(y) Bynkershoek, Observ., lib. VIII, c. 20.

(z) Dans tout ce paragraphe, j'ai tâché d'établir que la matière en soi n'est pas le point décisif pour déterminer l'erreur essentielle. Cela serait vrai quand même l'identité de la matière serait certaine et indépendante des points de vue individuels, comme on le suppose ordinairement; mais cette supposition est loin d'être fondée. S'il s'agit d'un vase de métal, par exemple, chacun peut, suivant son intention, avoir en vue le métal en général, ou un certain métal, l'or, l'argent, etc.; s'il s'agit d'un meuble en bois, du bois opposé au métal ou au carton, ou bien un bois d'une espèce particulière. L'espèce une fois déterminée, tout ne serait pas dit

§ CXXXVIII. — III. *Déclarations de volonté.— Déclaration sans volonté. Sans intention. Error in substantia.* (Suite.)

Dans le paragraphe précédent, j'ai déterminé les cas où l'erreur sur les qualités de la chose doit être regardée comme essentielle; il s'agit maintenant d'exposer en détail les règles du droit positif dont j'ai parlé quelquefois d'une manière implicite.

Dès que l'on trouvait juste en pareille circonstance de venir au secours de celui qui se trompe, ce but pouvait être atteint par deux voies différentes. On pouvait déclarer le contrat valable en soi et donner exceptionnellement le moyen de revenir contre une décision erronée, comme cela se fait pour les actions édiliciennes et pour la *condictio indebiti.*

On pouvait aussi considérer cette espèce d'erreur comme absolument exclusive de la volonté, ce qui implique la nullité du contrat. Le droit romain a choisi ce dernier moyen; ce qui résulte évidemment de l'assimilation à l'*error in*

encore, car chaque espèce admet une foule de subdivisions. Pour rester dans l'espèce de la L. 21 cit., en supposant que l'espèce du bois constitue une erreur essentielle, faut-il entendre la *species* du citronnier, ou le *genus* des agrumi, qui, comme on sait, comprend un grand nombre de *species?*

corpore et de la décision formelle de plusieurs textes (*a*). — Ici, comme dans le cas de l'*error in corpore*, l'erreur est improprement dite; dès lors il n'y a pas lieu d'examiner si celui qui se trompe est ou non coupable de négligence (§ 135). L'erreur en soi est le motif qui nous fait nier l'existence de la volonté; mais il peut s'y joindre d'autres circonstances qui entraînent des conséquences juridiques spéciales. Ainsi, par exemple, la qualité faussement attribuée à la chose peut avoir été l'objet d'une garantie expresse; l'erreur peut résulter du dol de l'autre partie. Toutes ces circonstances accessoires sont en dehors de notre recherche, qui a uniquement pour objet l'erreur sur les qualités de la chose comme exclusive de la volonté. On voit, d'après cela, que l'appréciation juridique des cas de cette espèce est susceptible de nombreuses com-

(*a*) L. 9, § 2, de contr. emt. (XVIII, 1) : « ... in ceteris autem *nullam esse venditionem* puto, quotiens in materia erratur. » Ce texte semble identique au principe combattu plus haut : quotiens in substantia (materia) erratur, nullus est contractus (§ 137), mais il en diffère essentiellement; car on voit qu'il se rapporte aux deux cas exprimés, l'or et l'argent, et ce n'est pas du tout une règle générale pour le cas abstrait de l'*error in substantia*. — C'est ainsi que dans la L. 11, pr. eod., on nie l'existence du *consensus*. — J'ai déjà montré, § 137, et surtout note *l*, quel est en cette matière le principe fondamental. Voy. aussi Appendice VIII, num. XXXIV, note *n*.

plications. — Enfin, ici comme pour l'erreur sur la personne (§ 136), les suites de l'erreur peuvent demeurer inaperçues, parce que souvent la différence entre la qualité réelle et la qualité supposée est indifférente, quelquefois même avantageuse à celui qui s'est trompé.

Cependant, il faut reconnaître que cette règle, pour juste et naturelle qu'elle nous paraisse, a une nature plus artificielle que celle relative à l'*error in corpore*, où l'existence de la volonté est tout à fait inadmissible. Aussi ne l'applique-t-on en général que pour protéger un intérêt juridique certain ou présumable de la personne induite en erreur. Aussi est-il vraisemblable que cette règle n'a pas toujours subsisté, et qu'elle n'a pas été immédiatement appliquée à tous les cas. Les détails dans lesquels je vais entrer, ont pour but d'exposer ce point historique et d'indiquer les restrictions pratiques de la règle.

Les divers textes où une semblable erreur est considérée comme essentielle et dès lors entraînant la nullité du contrat, se rapportent au cas où l'acheteur se trompe à son préjudice sur l'espèce de marchandise qu'il achète; si, par exemple, il prend un vase de bronze ou de plomb pour un vase d'or ou d'argent, du vinaigre pour du vin, une esclave pour un esclave. Alors la vente est toujours nulle; l'acheteur ne doit rien; il

peut répéter ce qu'il a payé (*b*), et cela dans tous les cas, soit que le vendeur ait connu ou partagé l'erreur (*c*). Ici l'on pourvoit immédiatement à l'intérêt de l'acheteur, de ne pas payer chèrement une marchandise de peu de valeur, et la règle remplit très-bien ce but; mais elle a en outre d'autres conséquences. Quand, par exemple, le contrat exprime que le vase est en or et fixe un prix raisonnable dans cette supposition, si l'acheteur voulait maintenir la vente en réclamant la différence du prix (§ 137 *w*), il ne le pourrait pas, car il n'y a pas de contrat véritable, alors même que le vendeur eût été *in dolo*. Mais, indépendamment de la nullité du contrat, le dol

(*b*) L. 9, § 2; L. 11, pr. § 1; L. 14; L. 41, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1).

(*c*) Parmi les textes cités, les premiers parlent de l'erreur de l'acheteur sans s'exprimer sur le compte du vendeur; mais la L. 14 cit. porte : « Quid tamen dicemus, si in materia et « qualitate *ambo errarent?* » D'où l'on voit que dans les textes qui précèdent, le vendeur est supposé agir sciemment. En cela il peut être de mauvaise foi, ou de bonne foi, s'il pense que l'acheteur a la même connaissance. Mais les textes impliquent la mauvaise foi du vendeur; car l'élévation du prix rend vraisemblable l'erreur de l'acheteur; et ensuite on lit dans la L. 9, § 2 cit. : si acetum *pro vino veneat*, æs *pro auro.* » *Veneat* est synonyme de *venditum sit;* ainsi ces mots désignent un vendeur qui offre à bas prix du vinaigre pour du vin, et une pareille vente constitue nécessairement une fraude.

a ses conséquences propres, et le vendeur de mauvaise foi doit indemniser l'acheteur, si celui-ci établit que le contrat, désormais annulé, lui cause un préjudice (*d*).

Néanmoins, la nullité de la vente n'a pas toujours été reconnue; l'adoption de ce principe se rapporte au temps de la jurisprudence classique. Julien avait soutenu cette doctrine (*e*); Marcellus l'avait combattue (*f*), et sans doute Ulpien et Paul (*g*) sont ceux qui l'ont établie définitivement. Nous avons un témoignage des temps an-

(*d*) La conséquence de la fraude est que le vendeur doit rétablir l'acheteur dans la position où il était avant le contrat. Si donc l'acheteur a eu des frais à supporter, s'il a fait travailler le vase qu'il croyait d'or, s'il a manqué, par suite de cet achat, un marché avantageux, il a droit à une indemnité. Mais il n'a rien à réclamer pour le bénéfice qu'il aurait pu faire si le vase eût été d'or et le contrat valable. Plusieurs auteurs prétendent à tort que le vendeur qui se trompe répond de sa faute. La faute n'est pas une *causa obligationis*, comme la fraude l'est en général. Dans le cas d'un contrat véritable (et ici cette condition manque), il y a *causa obligationis*, et l'obligation qui en résulte peut être modifiée et aggravée par la faute comme par la fraude.

(*e*) L. 41, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1).

(*f*) L. 9, § 2, de contr. emt. (XVIII, 1): « ... Marcellus « scripsit... emtionem esse et venditionem, *quia in corpus « consensum est*, etsi in materia erratum. » La suite du texte, qui paraît seulement restreindre cette assertion, la réfute en réalité.

(*g*) L. 9, 11, 14, de contr. emt. (XVIII, 1).

ciens en faveur de l'opinion que la vente d'un vase de laiton pour un vase d'or est tout aussi valable que celle d'habits déjà portés, et que l'on croyait neufs. J'ai expliqué plus haut (§ 137, *s*) une partie de ce texte qui, chez les auteurs modernes, a donné lieu à de nombreuses méprises; c'est la L. 45 de contr. emt. (XVIII, 1). Marcien cite d'abord Labéon qui confirme cette opinion de Trébatius, que le vendeur d'habits déjà portés est tenu à une indemnité dans le cas seulement où l'acheteur les aurait crus neufs. Puis vient le développement de cette opinion confirmée par Pomponius et par Julien, et enfin la suite de la citation de Labéon (*h*) qui, au sujet des vases de métal, s'exprime en ces termes: « quemadmodum si vas aurichalcum (*i*) pro

(*h*) Ces mots *quam sententiam et Pomponius* jusqu'à *quod ex eo contingit* forment une parenthèse qui se rapporte à ce qui précède. Cela est indiqué par le changement de construction, car la proposition intermédiaire finit à *qui ait... teneri*, et la proposition suivante ainsi conçue: *quemadmodum... tenetur* ne peut plus être régie par *qui ait*. Il est plus certain encore que la proposition finale n'appartient pas à Julien, car, d'après la L. 41, § 1 eod., il avait sur le vase de métal l'opinion opposée.

(*i*) *Aurichalcum* ou *orichalcum* est laiton, c'est-à-dire, un mélange de cuivre et de calamine, ce que nous apprennent les anciens, et non, comme plusieurs l'expliquent d'après une étymologie trompeuse, un mélange d'or et de cuivre, ce qui, pour la question qui nous occupe, donnerait un ré-

« auro vendidit ignorans, tenetur ut aurum quod « vendidit præstet (*k*). » Ici évidemment, la vente des vases de métal est assimilée à celle des habits, et la validité du contrat reconnue dans les deux cas. Or, comme les autres textes cités disent précisément le contraire par rapport aux vases de métal, cette contradiction a frappé, et avec raison, les auteurs modernes. On a essayé de concilier ces textes; mais toutes ces explications sont forcées, peu satisfaisantes, et souvent en opposition directe avec la lettre de ces textes (*l*). L'explication la plus simple est sans doute de regarder la citation de Labéon et celle de Marcellus comme

sultat opposé. Ce mot, qui est ordinairement substantif, est pris ici comme adjectif. Cette singularité peu importante, car ce mot est rarement employé, a donné lieu à la leçon de la Vulgate, *si vas aurichalci*, et à celle de Haloander, si *quis* aurichalcum. Cette dernière correction qui ne s'appuie sur aucun manuscrit, doit être évidemment rejetée.

(*k*) Les mots *aurichalcum vendidisset* rapprochés de ceux *aurum quod vendidit* offrent une contradiction apparente, mais les deux expressions sont également justes. En effet, il a vendu du laiton en réalité; mais d'après sa promesse, selon les termes du contrat, il a vendu de l'or. Ainsi donc, *ut aurum quod vendidit præstet*, signifie : il doit une indemnité à raison de l'or qu'il a promis par le contrat, et tel est l'objet de l'actio emti. Voy. § 137 *w*.

(*l*) Ainsi la conciliation de ces textes est très-forcée dans Avenarius, Interpr., I, 19, § 9, 10, qui du reste a approfondi cette question, et dans Richelmann, p. 69. La plupart des auteurs se tirent d'embarras en n'abordant pas la difficulté.

expression de l'ancienne doctrine désormais abandonnée. Nous ignorons si Marcellus partageait cette doctrine, ou s'il la réfutait dans la suite du fragment extrait par les compilateurs. Ceux-ci sont seulement à blâmer d'avoir recueilli cet ancien témoignage, de telle manière qu'il faille le rapprochement d'autres textes pour reconnaitre que cette doctrine est abandonnée. Mais comme ce cas suit immédiatement celui des habits déjà portés, la différence essentielle de ces deux cas leur aura échappé; inadvertance dont nous avons plus d'un exemple (Cf. § 124, *i*).

Je vais essayer de faire, par voie d'analogie, application de ces principes à certains cas non mentionnés dans les sources. Si l'acheteur sait que le vase que le vendeur croit en or est de vermeil, la vente est valable et le prix doit être payé, car l'acheteur ne s'est pas trompé, et l'erreur du vendeur ne présente aucun intérêt juridique à protéger, qui doive faire prononcer la nullité de la vente (*m*). — Si, au contraire, le

(*m*) Celui qui veut vendre cent francs un vase qu'il croit d'or, ne retirera jamais son offre s'il découvre que le vase n'est que doré. Ce cas est semblable à celui de la L. 52, loc. (XIX, 2), où le locataire qui a voulu donner dix est par cela même réputé avoir voulu donner cinq. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit uniquement d'une question de plus ou de moins. Cela est en outre confirmé par l'analogie évidente des L. 57, § 2; L. 58, de contr. emt. (XVIII, 1).

vendeur prend un vase d'or pour du vermeil et le vende dans cette opinion, d'après les mêmes règles établies dans les textes en faveur de l'acheteur, il y a lieu d'annuler la vente (*n*), et peu importe que l'acheteur ait ou non partagé cette erreur.

Les règles exposées précédemment sur la vente et l'achat, s'appliquent naturellement à l'échange, qui a avec la vente une analogie évidente en soi et formellement reconnue par les sources (*o*).

Quant au contrat de louage, l'application de ces règles se présenterait difficilement (*p*), et d'ailleurs elles seraient superflues, car le contrat a pour objet l'usage, qui déjà suppose une certaine forme et le moyen d'user de la chose. Aussi, en pareilles circonstances, le locateur trouve une protection encore plus sûre que l'acheteur (*q*).

(*n*) On pourrait objecter que le vendeur devant connaître les qualités de sa chose, l'erreur lui est imputable (L. 15, C. de resc. vend. IV, 44). Mais pour cette espèce d'erreur il n'est pas question de l'imputation des fautes.

(*o*) L. 2, de rer. perm. (XIX, 4).

(*p*) On pourrait louer une esclave au lieu d'un esclave, un service de plaqué au lieu d'un service d'argent.

(*q*) Si une maison est vendue et brûle postérieurement au contrat, la perte est pour l'acheteur qui doit la totalité de son prix. S'il s'agit d'une location, le loyer cesse d'être dû à partir du jour de l'incendie. L. 19, § 6, locati (XIX, 2).

Quant aux donations (*r*), elles sont régies par les principes suivants. Si le donataire reçoit un vase de vermeil qu'il croit d'or, la donation n'en est pas moins valable, car il n'a aucun intérêt juridique à attaquer le contrat; et si le vase a une moindre valeur, il vaut toujours plus que rien. Si, au contraire, le donateur donne un vase d'or le croyant en vermeil, la donation est nulle, soit que le donataire ait ou non partagé cette erreur. On peut ici invoquer, et encore avec plus de raison, l'analogie de la règle établie pour la vente.

Il faut évidemment étendre cette décision au cas où le testateur serait dans une erreur aussi essentielle sur la nature de la chose léguée.

En matière de stipulation, il est dit expressément que la stipulation est valable, alors même que le créancier prendrait un vase de bronze pour un vase d'or (*s*). Cela pourrait déjà résulter

(*r*) Il en est de même d'une promesse de donation ou d'une tradition considérée comme donation; car la tradition tire sa force de la *donationis causa*, du *donandi animus*, et l'erreur essentielle exclut cet esprit. — Au reste, je parle ici de la donation pure; et dans ce cas la promesse, d'après la L. 35, C. de don. (VIII, 54), a le caractère d'un *b. f. contractus*. J'examinerai tout à l'heure jusqu'à quel point une stipulation accessoire peut modifier ce principe.

(*s*) L. 22, de V. O. (XLV, 1). « Si id quod aurum putabam, « cum æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus « æris nomine, quoniam in corpore consenserimus : sed ex

de la nature du contrat unilatéral, comme nous l'avons vu au sujet de la donation (*t*), car du bronze vaut mieux que rien. Mais le motif donné par l'ancien jurisconsulte (quoniam in corpore consenserimus) a une plus grande portée. En effet, ce même jurisconsulte n'admet pas, pour la vente, que le consentement *in corpore* suffise pour écarter l'erreur sur la matière dans le cas de l'or et du bronze (*u*), et sans doute il veut dire que l'*æquitas*, appliquée à l'interprétation de la vente, ne peut s'étendre aux formes rigoureuses de la stipulation. Dès lors, la stipulation est réputée valable, quand même le vase promis par le débiteur comme vase de bronze, serait effectivement en or. Au reste, cette décision est sans intérêt pour le droit actuel.

Enfin, il est fait mention de cette espèce d'erreur relativement au gage. Si le créancier reçoit

« doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. » Le *dolus*, dans ce texte, se rapporte à la stipulation faite en vertu d'une prestation réciproque passée ou future, ce qui n'empêche pas la stipulation d'être unilatérale. Si dans la stipulation manque la *doli clausula*, alors il n'y a pas lieu à l'action en vertu de la stipulation, mais certainement à la *doli actio*.

(*t*) En effet, la stipulation peut être en même temps une donation, et alors les deux points de vue se confondent; mais cela est tout à fait accidentel. Cf. note *s*.

(*u*) L. 10, de contr. emt. (XVIII, 1), qui implique évidemment cette idée, de même que la L. 9, eod.

comme gage un vase de vermeil que le débiteur donne pour de l'or, le droit de gage n'en subsiste pas moins (*v*). Cela résulte de la nature unilatérale du contrat; car un vase de vermeil offre encore plus de sûreté que rien. Mais on ajoute que le créancier a une *pignoraticia contraria actio* contre le débiteur, et celui-ci peut être déclaré stellionataire s'il était *in dolo*, ce qui ne résulte pas nécessairement de la constitution du gage.

La *pignoraticia contraria*, qui résulte indubitablement de la constitution du gage (§ 137, *w*), a pour objet d'obtenir un gage d'une valeur égale à celle du vase d'or promis. Je pense en outre que cette action comme *b. f. actio*, indépendamment de la déclaration formelle, doit être accordée toutes les fois que la valeur du gage n'est pas en rapport avec l'importance de la créance. En effet, nous voyons donner cette action quand le créancier a reçu par erreur un gage insuffisant pour la sûreté de sa créance, notamment lorsque la chose engagée est la propriété d'autrui, ou l'objet d'un gage antérieur, ou bien quand un esclave

(*v*) L. 1, § 2, de pign. act. (XIII, 7). — Si celui qui a reçu en gage un vase d'or, lui substitue un vase de vermeil, c'est un cas tout différent et hors de notre sujet. Là il n'y a aucune erreur dans le contrat, et la substitution est considérée comme un vol. L. 1, § 1, de pign. act. (XIII, 7); L. 20, pr. de furtis (XLVII, 2).

accepté comme gage, se trouve déprécié par une maladie (w).

§ CXXXIX. — III. *Déclarations de volonté. — Déclaration sans volonté. Sans intention. Limites de ce cas.*

Je viens d'énumérer les diverses circonstances (§ 135-138) où l'erreur qui accompagne un acte juridique doit être considérée comme essentielle, c'est-à-dire, exclusive de la volonté. Cette influence est trop importante pour ne pas déterminer rigoureusement les limites dans lesquelles elle s'exerce, et ne pas signaler certains cas analogues en apparence, mais différents en réalité.

Ainsi, d'abord il n'y a pas erreur essentielle quand l'exécution de l'acte juridique était déjà impossible au moment même où on le passait; si, par exemple, la chose vendue était déjà mise hors du commerce, ou avait péri entièrement. Ici, ordinairement, il y a sur les qualités ou l'existence même de la chose une erreur, qui, dans la règle, entraîne la nullité du contrat comme l'erreur essentielle; mais ce cas a une nature toute différente et appartient à un autre ordre d'idées. A la vérité, les parties ignorent le plus souvent

(w) L. 9, pr.; L. 16, § 1; L. 32; L. 36, § 1, de pign. act. (XIII, 7).

que la chose a péri, et dès lors il semble que l'on doive assimiler cette ignorance à l'erreur essentielle sur les qualités de la chose. Mais ici l'erreur n'est nullement nécessaire, la nullité est toujours prononcée sans égard à la connaissance que les parties contractantes avaient de l'état des choses (a); ainsi, elle est expressément prononcée dans le cas où l'acheteur connaissait ce motif de nullité (b). Dès lors, il ne s'agit pas d'une déclaration de volonté défectueuse; la déclaration est parfaite en soi, et ce que le cas offre de spécial, appartient à un domaine tout différent de celui de l'exécution de la volonté ou de ses effets. On ne saurait ramener ces effets à un point de vue commun, parce qu'ils offrent dans chaque classe de rapports de droit, une nature très-diverse, et, par là, rentrent dans la partie spéciale du traité (c).

(a) L. 8; L. 15, pr.; L. 34, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 1, § 9, de O. et A. (XLIV, 7).

(b) L. 6, pr.; L. 34, § 2, de contr. emt. (XVIII, 1).

(c) En matière de contrats, par exemple, il faut voir si l'exécution est impossible parce que la chose a péri ou parce qu'elle est hors du commerce. De même encore, si le contrat ne peut recevoir son exécution comme contraire aux lois ou aux mœurs, il n'y a pas même l'apparence d'une déclaration de volonté défectueuse. Rapportés au contenu des contrats, ces cas ont entre eux les mêmes relations qu'avec les conditions dont au reste la nature est plus générale (§ 121-124).

En second lieu, l'erreur qui tombe sur le motif déterminant de l'acte juridique, est dans la règle sans influence sur sa validité (*d*). Lors même que le motif serait exprimé et se trouverait sans fondement (falsa causa), l'acte n'en serait pas moins valable (*e*). Seulement il y a pour les testaments plusieurs cas où cette espèce d'erreur annule la disposition, et l'on ne distingue pas si ce motif est ou non exprimé (*f*). En outre, le motif déterminant peut dans tous les actes juridiques revêtir la forme d'une condition ou d'un *modus*, et alors il agit conformément à la nature de ces rapports de droit. On peut quelquefois mettre en doute si une déclaration donnée doit avoir l'un ou l'autre de ces effets : cela rentre dans l'interprétation de l'acte (*g*).

L'erreur sur les qualités de l'objet d'un rapport de droit n'est pas une erreur essentielle, quand même cette fausse supposition aurait été le motif déterminant de la volonté. Cela résulte évidemment de l'opposition du petit nombre de cas spéciaux où l'erreur sur les qualités de la chose est

(*d*) Cf. § 115 et Appendice VIII, Num. X, XI, XVII.

(*e*) Ulpian., XXIV, § 19, § 31, J. de leg. (II, 20); L. 17, § 2; L. 72, § 6, de cond. (XXXV, 1); L. 1, § 8, de dote præl. (XXXIII, 4).

(*f*) Appendice VIII, Num. XVII.

(*g*) § 31, J. de leg. (II, 20); L. 17, § 3, de cond. (XXXV, 1); L. 2, § 7; L. 3, de don. (XXXIX, 5).

déclarée essentielle, et par conséquent exclusive de la volonté (§ 137-138).

L'erreur sur la désignation nominale d'une personne ou d'une chose (*nomen*) n'est pas non plus une erreur essentielle, pourvu toutefois que l'erreur ne tombe pas sur la personne ou sur la chose, mais sur son nom seulement (*h*). — De même encore, la désignation inexacte d'un rapport de droit, par exemple vente ou donation, est indifférente, si les parties, par ignorance du droit, donnent une fausse dénomination à l'acte qu'ils ont voulu faire réellement (§ 134, *l*). — Enfin, peu importe que dans un testament le testateur ou celui qui écrit sous sa dictée se trompe sur les chiffres, si le nombre voulu par le testateur n'est pas douteux (*i*). — La fausse désignation, au contraire, n'est pas indifférente, s'il s'agit d'une espèce de choses; l'intention non exprimée ne reçoit point d'exécution (*k*).

(*h*) Pour l'institution d'héritier et les legs, par rapport aux personnes, § 29, J. de leg. (II, 20); L. 16, § 1, de leg. 1 (XXX, un.); L. 4, C. de test. (VI, 23); par rapport aux choses léguées, L. 4, pr. de leg. 1 (XXX, un.); L. 28, de reb. dub. (XXXIV, 5); L. 7, § 1, de leg. (VI, 37). — De même pour les contrats, L. 32, de V. O. (XLV, 1); L. 9, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1). — Pour le choix d'un juge, L. 80, de jud. (V, 1). — Pour la tradition, L. 34, pr. de adqu. poss. (XLI, 2).

(*i*) L. 9, § 2, 3, 4, de her. inst. (XXVIII, 5).

(*k*) L. 4, pr. de leg. 1 (XXX, un.). « ... rerum enim vo-

Si l'on se trompe dans la description des individus (*demonstratio*), c'est-à-dire, si on leur attribue des qualités qu'ils n'ont point, ce n'est pas là une erreur essentielle, pourvu que l'erreur de la description ne soit pas dans la pensée de son auteur (*l*). — Il en est autrement quand la description erronée se combine avec une fausse cause, et quand celle-ci est de nature à entraîner la nullité de la déclaration (*m*).—Il faut distinguer de la simple description l'indication de l'attribut essentiel qui distingue une espèce des autres es-

« cabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. » L. 7, § 2, de supell. (XXXIII, 10). « ... ex communi usu nomina exaudiri debere... non videri quemquam dixisse, cujus non suo « nomine usus sit.... » — Bien entendu que la clause du testament ne s'exécute pas davantage quant au genre exprimé réellement par le testateur, mais contrairement à sa volonté. — Même avec cette restriction naturelle la règle se rattache aux principes rigoureux sur les legs, et en droit moderne serait difficile à justifier. Du moins, en matière de contrats, il n'y a aucun inconvénient à admettre le genre que les deux parties ont eu en vue, quand même elles l'auraient désigné d'une manière impropre.

(*l*) Ainsi, pour la personne de l'héritier ou du legataire, L. 17, § 1; L. 33, pr.; L. 34, pr.; L. 40, § 4, de cond. (XXXV, 1); L. 48, § 3, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 5, C. eod. (VI, 24); pour la chose léguée, Ulpian., XXIV, § 19, § 30, J. de leg. (II, 20); L. 17, pr., § 1; L. 72, § 8, de cond. (XXXV, 1); L. 35, § 1, 2; L. 102, § 1, de leg. 3 (XXXII, un.); L. 28, de reb. dub. (XXXIV, 5).

(*m*) Appendice VIII, Num. XVII.

pèces; cette indication a autant d'influence que celle de l'espèce même; si donc cette indication est erronée et que l'attribut n'appartienne pas au genre tout entier, de sorte qu'il y ait contradiction entre la désignation principale et la désignation accessoire, l'acte juridique se trouve annulé (*n*).

§ CXL. — IV. *Contrat.*

Jusqu'ici, dans cette étude des faits juridiques, j'ai procédé du général au particulier, du fait à l'acte libre, et de l'acte libre à la déclaration de volonté (§ 104, *s*, *q*). Je vais maintenant faire encore un pas dans la même voie en cherchant à déterminer l'essence du contrat qui, parmi toutes les espèces de déclarations de volonté, est la plus importante et la plus variée. Le contrat même, en dehors de la science, présente une notion familière à tout le monde, mais elle est si connue et si indispensable au jurisconsulte, vu ses nombreuses applications, que l'on devrait

(*n*) L. 7, § 1, de trit. (XXXIII, 6) : « *Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendant, heres dato.* » Ofilius, nihil legatum esse, quod et Labeo probat : quoniam « ejus modi triticum in natura non esset : quod verum puto. » Le boisseau de froment pesait en moyenne vingt-cinq livres romaines (Plinius, H. N. XVIII, 7); ainsi donc, il eût été impossible de trouver un boisseau de froment pesant cent livres.

s'attendre à trouver ici une définition exacte et généralement adoptée; néanmoins, il n'en est pas ainsi.

Je vais essayer de mettre en lumière les caractères essentiels du contrat par l'analyse d'un cas où il existe évidemment, le contrat de vente. La première chose que nous saisissons, ce sont plusieurs personnes en présence les unes des autres. Dans ce cas spécial, comme dans la plupart des contrats, ce sont précisément deux personnes; mais quelquefois aussi, dans le contrat de société, par exemple, le nombre des personnes est tout à fait indéterminé, et ainsi nous devons laisser subsister l'idée générale de pluralité. — Il faut ensuite que ces personnes veuillent une chose, et une même chose, car tant qu'il y a indécision ou désaccord, on ne peut admettre l'existence du contrat. — Le consentement doit être manifeste, c'est-à-dire qu'elles doivent s'être déclaré réciproquement leur volonté, car une décision prise, mais tenue secrète, ne saurait passer pour un des éléments du contrat. — En outre, il faut avoir égard à l'objet de la volonté. Si donc deux personnes s'accordaient à se soutenir mutuellement par leurs conseils et leur exemple dans la poursuite de la vertu, de la science ou de l'art, la dénomination de contrat, donnée à un pareil accord, serait tout à fait impropre. Cette convention diffère de la vente, qui est un contrat véritable, en

ce que, dans la vente, la volonté a pour objet un rapport de droit et ici un but d'une nature différente. — Mais il ne suffit pas que l'objet du consentement soit un rapport de droit. Quand les membres d'un tribunal, après de longs débats, tombent d'accord sur le prononcé d'un jugement, toutes les conditions énumérées ci-dessus se trouvent réunies, et l'objet de leur accord est un rapport de droit; néanmoins, ce n'est pas là un contrat; cela tient à ce que le rapport de droit ne leur est pas personnel comme dans le cas de la vente.

Ces diverses conditions peuvent se résumer dans la définition suivante : *Le contrat est l'accord de plusieurs personnes sur une déclaration de volonté commune destinée à régler leurs rapports de droit.* Ici nous voyons une application particulière de l'idée plus générale de la déclaration de volonté. Le contrat s'en distingue comme l'espèce du genre, en ce qu'il exige la réunion de plusieurs volontés en une seule, tandis que la déclaration de volonté peut émaner d'une personne seule.

Parmi les éléments du contrat, il en est un qui mérite une attention particulière, à cause des méprises auxquelles il a donné lieu, c'est le rapport de droit. Ainsi, on demande si toute espèce de rapport de droit, ou seulement une seule, peut être l'objet d'un contrat. Posée en

ces termes, la question doit être résolue dans son sens le plus large. En effet, il peut exister des contrats en droit international, en droit public, en droit privé, et, dans le domaine du droit privé, relativement à ses diverses institutions.

Les alliances, les traités de paix, la soumission d'un État indépendant à un autre État, ou, en sens inverse, l'érection d'une province en État indépendant, sont des contrats de droit international (*a*). Les jurisconsultes romains les appellent *publica conventio* (*b*), et ils avertissent de ne pas leur appliquer les règles et les formes du droit privé (*c*).

(*a*) L'histoire romaine nous offre de nombreux exemples d'actes de soumission à divers degrés. Les actes par lesquels un État souverain se constitue sont ordinairement le résultat d'une révolution ou d'une guerre; c'est ainsi que la Hollande se sépara de l'Espagne, que les États-Unis de l'Amérique du Nord se séparèrent de l'Angleterre, la Belgique de la Hollande, les colonies espagnoles et portugaises de leur métropole Néanmoins ces actes peuvent être pacifiques et volontaires; c'est ainsi, par exemple, que dans l'Amérique du Nord un certain nombre d'habitants forme un nouvel État.

(*b*) L. 5, de pactis (II, 14).

(*c*) Gaius, III, § 94. Après avoir dit que les citoyens romains pouvaient seuls contracter valablement d'après la formule : Spondes? Spondeo, il ajoute : « Unde dicitur, uno « casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut « si imperator noster principem alicujus peregrini populi de « pace ita interroget : Pacem futuram spondes? vel ipse

Les contrats de droit public ne sont pas rares, surtout en Allemagne; ainsi entre un prince et les États, entre les divers membres d'une même famille régnante; cette forme se retrouve spécialement dans l'acte de capitulation qui accompagnait l'élection de l'Empereur (*d*).— D'un autre côté, on a fait au droit public diverses applications erronées du contrat. Ainsi on rapporte l'origine des États à un contrat d'association et de soumission, tandis que leur formation est tout à fait indépendante des volontés individuelles (§ 9), comme l'agrégation de l'individu à l'État. De même que l'homme, au moment de sa naissance, est membre d'une famille, et en général d'une famille constituée légitimement par le mariage, de même il fait partie d'un peuple et appartient à un État qui est la manifestation légitime du peuple. Ces deux liens rattachent à l'humanité tout entière l'individu longtemps avant qu'il en ait conscience, d'où l'on voit que ces liens n'ont pas été formés par des volontés

« eodem modo interrogetur. *Quod nimium subtiliter dictum* « *est : quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu* « *agitur, sed jure belli res vindicatur.* »

(*d*) On lit à la fin du préambule : « De notre libre et gracieuse volonté nous avons *conféré, accepté et consenti* « *comme pacte les articles suivants* avec les princes électeurs « pour eux et pour tous les princes et États du saint empire « romain. »

individuelles, et qu'ainsi ils ne sont pas des contrats. Mais des actes libres, notamment l'émancipation ou l'adoption, peuvent venir modifier ou imiter les liens de famille originels. De même l'individu peut volontairement abandonner l'État où il est pour entrer dans un autre État, et ces changements peuvent, d'après la constitution particulière de quelques États, revêtir la forme de contrats véritables.

Au reste, les contrats du droit privé, qui font l'objet spécial de cette recherche, sont les plus variés et les plus nombreux. Dans le domaine du droit privé, le contrat se rattache à toutes les espèces d'institutions, et toujours comme une des formes les plus importantes du droit; ainsi en matière d'obligations, et surtout relativement à leur formation, espèce de contrats que l'on appelle spécialement *obligatoires;* de même relativement à la dissolution des obligations. — Les contrats trouvent dans le droit des choses des applications non moins nombreuses. Ainsi la tradition est un contrat véritable, car elle renferme tous les éléments du contrat. En effet, nous y voyons l'accord de deux volontés pour transmettre la possession et la propriété d'une chose, et pour les parties contractantes un changement dans leurs rapports de droit. Si, indépendamment de cette déclaration de volonté, il faut, pour compléter

la tradition, un acte extérieur, l'acquisition réelle de la possession, cela ne change rien à l'essence du contrat, qui forme la base de la tradition. De même les servitudes s'établissent régulièrement par des contrats, bien que dans plusieurs cas il faille y joindre la tradition comme pour la propriété. De même encore s'établissent par contrat l'emphytéose, la *superficies*, le droit de gage, et relativement à ce dernier on n'a jamais soutenu la nécessité de la tradition.

Si l'on méconnait la nature contractuelle de ces actes nombreux et importants, c'est faute de les distinguer du contrat obligatoire qui ordinairement les précède et les accompagne. Ainsi, par exemple, dans la vente d'une maison, l'attention se porte et avec raison sur la vente obligatoire, mais on oublie que la tradition subséquente est un contrat tout à fait différent de cette vente, quoique nécessité par elle. Cette méprise est évidente dans les cas plus rares de la tradition sans obligation antérieure; ainsi l'aumône faite à un pauvre constitue un contrat véritable sans aucune obligation; donner et recevoir sont les seuls faits sur lesquels s'accordent les volontés; dans l'établissement d'une hypothèque, le contrat engendre simplement un droit réel de gage sans aucune obligation. On pourrait comprendre tous ces cas sous la dénomination spéciale de contrats réels. — Enfin, l'on

doit ranger parmi les contrats du droit privé, ceux qui fixent les rapports de droit au sein de la famille, le mariage, l'adoption, l'émancipation. Je discuterai dans le paragraphe suivant les objections élevées contre la nature contractuelle du mariage; quant à l'adoption et à l'émancipation, leur nature contractuelle n'est pas douteuse, lorsque l'adopté ou l'émancipé ont par leur âge la capacité d'agir. On pourrait désigner cette espèce de contrats sous la dénomination de contrats de famille, si cette dénomination ne s'appliquait pas ordinairement à une autre espèce de contrats, les contrats sur les biens.

§ CXLI. — IV. *Contrat.* (Suite).

La définition que j'ai donnée du contrat diffère de celle adoptée par les auteurs anciens et modernes, en ce que ceux-ci prennent une des espèces pour le genre lui-même. Ainsi, d'après leur définition du contrat et la place qu'ils lui assignent, il semble qu'il n'y ait qu'une seule espèce de contrat, le contrat obligatoire (*a*).

(*a*) Donellus, lib. XII, C. 6; Hofacker, t. III, § 1752; Thibaut, § 444; Heise, vol III, § 69; Mühlenbruch, § 331; Mackeldey, § 353. — Puchta Lehrbuch der Pandekten, 1838, § 237, reconnaît expressément la signification plus générale du mot contrat.

Par là on restreint mal à propos l'idée de contrat et on exclut plusieurs de ses applications, tandis que dans le droit public souvent on lui donne une extension exagérée (§ 140). L'erreur vient de ce que le contrat obligatoire est non-seulement le plus fréquent de tous, mais aussi le plus propre à faire ressortir la nature et l'efficacité du contrat. Cela se voit clairement dans un texte d'Ulpien, où ce jurisconsulte cherche à donner une définition générale du contrat (*b*). D'abord il choisit le terme de *pactio* en lui attribuant le sens général que je donne au mot contrat : « Pactio est duorum pluriumve in unum placitum consensus. » Ensuite il emploie le mot *conventio*, mais évidemment comme synonyme de *pactio* et non pas comme ayant une signification différente, plus large ou plus restreinte. Il commence par conserver la définition générale donnée de la *pactio*, mais ensuite l'idée de genre se perd insensiblement dans l'espèce particulière du contrat obligatoire.

On pourrait aisément attribuer à cette controverse plus d'importance que je ne lui en attribue réellement. On pourrait penser que, quand j'applique les règles générales des contrats au mariage, à la tradition, etc., et que d'autres auteurs repoussent cette application, cette di-

(*b*) L. 1, § 2, 3, 4, de pactis (II, 14).

vergence d'opinion a pour la pratique de graves conséquences. Mais il n'en est pas ainsi, car les règles qui régissent les contrats se rapportent à l'idée plus générale qui leur sert de base, celle des actes libres ou déclarations de volonté (§ 104, 106, 114). Dès lors tout ce que j'ai dit sur l'âge, la violence, l'erreur, les conditions, etc., s'applique indubitablement aux déclarations de volonté, et reste en dehors de la discussion qui nous occupe. Sous ce point de vue, les contrats peuvent presque être assimilés aux actes juridiques entre vifs, et j'en ai parlé plus d'une fois en ce sens (§ 116, *a*). Tout ce qui d'ailleurs a de l'importance pour les contrats, notamment leurs divisions et surtout la distinction des *contractus* et des *pacta*, ne concerne en réalité que les contrats obligatoires. Je puis donc me contenter d'avoir établi la définition véritable du contrat, sans insister davantage sur ces considérations générales.

Mais si, allant au delà de mon aveu, on regardait toute cette discussion comme vaine et superflue, je n'accepterais pas ce jugement. A la définition inexacte du contrat se rattachent plusieurs erreurs dont la réfutation complète n'est pas sans importance. Celui qui ne reconnait d'autre contrat que le contrat obligatoire, et dès lors refuse le caractère de contrat à la tradition, n'en aura qu'une intelligence incom-

plète. Sans doute, dans l'application, il ne niera pas absolument la nécessité de la capacité d'agir, l'influence de l'erreur et de la fraude, la possibilité des conditions, etc.; une telle dénégation serait insensée; mais il ne saisira ni le véritable motif de ces applications, ni leur rapport avec l'ensemble du droit, et ses notions sur le caractère essentiel d'un rapport de droit se trouveront nécessairement obscurcies. Quant au mariage, ou il ne l'admettra pas comme contrat, et alors se représenteront les mêmes inconvénients que pour la tradition, ou bien il se verra contraint de le ranger parmi les contrats obligatoires; et en effet on a voulu placer le mariage à côté de la vente et de la société comme un nouveau contrat consensuel, que par une singulière inadvertance les Romains auraient mis en oubli (*c*). Mais par là le caractère essentiel du mariage se trouve défiguré et avili. Ainsi donc, la controverse que je soutiens ici contre l'opinion générale n'a nullement pour but de rectifier la phraséologie, car je ne prétends pas que les Romains aient appliqué à d'autres contrats que les contrats obligatoires les expressions *pactio*, *pactum* et *conventio*, et le plus ou moins

(*c*) Langsdorf de pactis et contractibus Romanorum, Mannhemii, 1777, 4, § 73. Cet auteur regarde le mariage non comme un contrat consensuel spécial, mais comme une espèce de société.

d'extension qu'il faut donner aux expressions techniques modernes n'a pas une grande importance. Mais il importe de reconnaître nettement et de suivre dans les applications de détail l'analogie que le mariage, la tradition, etc., ont avec les contrats obligatoires. Cette analogie une fois reconnue, le mot technique contrat la désigne si bien, qu'il serait déraisonnable de renoncer à une expression qui représente exactement un principe important pour la science. Telle est la conviction que j'ai tâché de faire partager au lecteur, en me livrant à cette recherche sur la définition du contrat.

Les notions inexactes du contrat, adoptées par les jurisconsultes, n'ont pas été sans influence sur les doctrines du droit naturel. Kant (*d*) donne une définition du contrat encore plus restreinte que celle des jurisconsultes. Suivant lui, le contrat est l'accord de deux volontés à l'effet de transférer la propriété (p. 98), ou plutôt de préparer ce transfert qui ne s'accomplit que par la tradition (p. 103). Kant prend la propriété dans le même sens que les Romains, l'empire sur une chose déterminée (p. 95, 96). Cette définition n'embrasse donc pas tous les contrats obligatoires, par exemple, ceux qui ont

(*d*) Kant Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg, 1797. — Cf. ce que je dis là dessus, § 54.

pour objet des services ou un travail, mais seulement ceux où il y a promesse de tradition, la vente et l'échange. Néanmoins il regarde le mariage comme un contrat, car il admet une propriété de chaque époux sur la personne de l'autre (une espèce de droit réel personnel), propriété qui s'acquiert seulement par la réunion du contrat et de la tradition (*copula carnalis*) (p. 110, 111). Le mariage est à ses yeux un contrat obligatoire proprement dit, et il le définit (p. 107) comme « l'union de l'homme et de la « femme, dans le but de la possession viagère « et réciproque de leurs attributions sexuelles. »

Hegel (*e*) adopte littéralement la définition de Kant, et il assimile le contrat à l'aliénation (§ 71 — 75); mais cette définition étroite n'est chez lui qu'apparente, car il regarde l'activité individuelle de l'homme comme une chose, c'est-à-dire, comme donnant matière à la propriété et à l'aliénation (§ 67, 80). Ainsi, en réalité, il appelle contrat tout ce que j'ai désigné plus haut comme contrat obligatoire. Mais il ne va pas plus loin; il s'élève même en termes formels et assez durs contre ceux qui rapportent à un contrat le mariage et la formation de l'État (§ 75). Relativement à l'État, j'ai réfuté dans le

(*e*) Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechets, Berlin, 1833.

paragraphe précédent la doctrine du contrat, parce qu'en général la formation de l'Etat ne résulte pas des volontés individuelles; ce point est donc en dehors de la présente controverse sur la nature du contrat. Le blâme formulé par Hegel contre l'assimilation du mariage à un contrat, assimilation qu'il appelle honteuse (§ 116), tombe seulement sur la doctrine de Kant, doctrine que j'ai rapportée plus haut, et où le mariage est représenté comme un contrat obligatoire synallagmatique ayant le coït pour objet.

Mais qui nous oblige d'interpréter ainsi le contrat du mariage? Quand le prêtre demande aux époux s'ils veulent se promettre amour et fidélité jusqu'à la mort, et que les époux font cette promesse, cette déclaration n'implique pas la promesse de certains actes déterminés, ni la soumission à une contrainte juridique dans le cas où ces actes ne s'accompliraient pas; elle signifie au contraire que les époux connaissent les préceptes du christianisme sur le mariage, et qu'ils sont dans l'intention d'y conformer leur vie. La reconnaissance du mariage comme rapport de droit dépendant de cette déclaration de volonté, c'est à bon droit que nous l'appelons contrat; et que l'on ne dise pas que cette manière d'envisager la chose est forcée ou arbitraire. Elle est au contraire si naturelle, qu'elle se présentera nécessairement à celui qui, libre

de préventions, cherchera à se rendre compte du mariage. Cette doctrine est formellement reconnue par toutes les communions chrétiennes. et ce point de vue seul nous explique comment le prêtre préside à cet acte qui appartient à la fois à la religion et au droit privé (*f*). Le motif qui nous a fait nier l'existence du contrat pour la formation de l'État, ne s'applique pas au mariage. La formation arbitraire de l'État ne peut être admise comme vérité qu'en vertu d'une fiction, mais il dépend incontestablement de la volonté de chaque époux de contracter ou de ne pas contracter le mariage.

(*f*) L'opinion que je soutiens ici contre Hegel a son importance, comme je l'ai montré plus haut, quand on en vient aux détails de l'exposition du droit. Dans l'étude générale de la philosophie de Hegel il est indifférent de chercher si le mot contrat est pris dans son sens le plus large ou le plus restreint; car, dans le passage cité, Hegel dit peu de mots sur ce sujet et seulement pour refuser au mariage le caractère de contrat. Son principal objet était de réfuter l'opinion de Kant, et en cela je suis tout à fait de son avis. La définition admirable que Hegel donne du mariage (§ 161-164) se concilie très-bien avec l'opinion de ceux qui le regardent comme un véritable contrat. Cette doctrine est exposée d'une manière très-précise et très-satisfaisante dans Hasse, Güterrecht der Ehegatten, § 31.

APPENDICE VIII.

DE L'ERREUR ET DE L'IGNORANCE.

(§ CXV.)

Les sources les plus importantes sur cette matière sont les titres de juris et facti ignorantia, au Digeste (XXII, 6) et au Code (I, 18).

Les principaux auteurs sont :

Cujacius, obser. V, 39.

Cujacius, recit. in Dig., XXII, 6; Opp., VII, 886-896.

Cujacius, in Papin. quæst. XIX, ad L. 7, de j. et f. ignor.; Opp., IV, 502.

Cujacius, in Papin. definit. I, ad L. 8, eod; Opp., IV, 1429.

Donellus, I, 18-23.

Glück, vol. XXII, p. 262-374.

C. F. van Maanen, de ignorantiæ et erroris natura et effectibus; Lugd. Bat., 1793.

Mühlenbruch, doctr. Pand., I, § 95, 96.

Mühlenbruch, sur la juris et facti ignorantia, Archiv., vol. II, p. 361-451.

I.

La notion exacte d'une chose peut nous manquer, soit parce que nous n'en avons aucune idée, soit parce que nous en avons une idée fausse. Dans le premier cas il y a ignorance, dans le second, erreur. L'appréciation juridique de ces deux états de l'âme est absolument la même, dès lors

on peut indifféremment employer l'une ou l'autre expression. Les jurisconsultes ont adopté la seconde, parce que, au sujet des rapports de droit, l'erreur se présente beaucoup plus souvent que la simple ignorance (*a*).

L'appréciation de cet état de l'âme se fait toujours relativement à la conscience de celui que le rapport de droit touche immédiatement, sans égard à l'intérêt, même supérieur, qu'une autre personne pourrait y avoir (*b*).

On distingue deux espèces d'erreurs, l'erreur de droit et l'erreur de fait. L'erreur de droit tombe sur une règle de droit, c'est-à-dire, sur le droit objectif (*c*); l'erreur de fait tombe sur des faits juridiques, c'est-à-dire, sur les conditions exigées en fait pour l'application d'une règle de droit. — On peut encore distinguer la combinaison erronée des faits auxquels s'applique la règle; or, comme les sources ne reconnaissent que deux espèces d'erreurs, il s'agit de déterminer à quelle espèce ce cas appartient. Si l'on considère sa nature intime, on voit que c'est une erreur de fait; car la règle doit être regardée comme l'élément donné fixe et immuable; puis nous avons à combiner les divers éléments que fournissent les faits, soit par l'analyse, soit par la synthèse,

(*a*) Sur l'identité essentielle de l'erreur et de l'ignorance, voy. le traité, § 115, et Donellus, I, 19, § 5. — L'état défectueux de l'âme qui nous occupe ici est au fond l'ignorance ou le défaut de connaissance exacte. L'erreur est une modification de cet état, mais qui en droit n'a aucune influence particulière.

(*b*) L. 5, h. t.; L. 3, quis ordo (XXXVIII, 15). Cf. Cujacius, Opp. VII, 888, et in Africanum tract. 8, ad L. 51, de œdil. ed. Heineccius, ad L. Jul. p. 189. Gluck, vol. XXII, p. 306. Voy. aussi plus bas num. XXI, note w.

(*c*) On trouve L. 1, pr., § 1-4, h. t., plusieurs exemples de l'erreur de droit. — Il faut distinguer du *jus ignorare* le *jus suum* ou *de jure suo ignorare*, c'est-à-dire, l'erreur sur son droit personnel, car elle tient ordinairement à des erreurs de fait, bien qu'elle puisse aussi se rattacher à des erreurs de droit. Voy. sur cette expression L. 3, pr., h. t., et L. 2, § 7, de jure fisci (XLIX, 14).

et à en former un ensemble auquel s'applique la règle. Or, soit que nous nous trompions dans la perception immédiate des faits, ou dans leur combinaison par la pensée, c'est toujours dans l'appréciation des faits que nous nous trompons, et ainsi l'erreur est toujours une erreur de fait. Ainsi donc l'étude approfondie de ce cas nous montre qu'il rentre dans l'erreur de fait, non dans l'erreur de droit. On verra plus bas (Num. V) la confirmation pratique de cette doctrine.

II.

L'influence juridique de l'erreur répond aux faits juridiques, c'est-à-dire, aux causes qui déterminent le commencement ou la fin des rapports de droit; quand donc ces faits consistent en des actes libres ou en des omissions (*a*), et que l'erreur a influencé ces faits, on demande s'ils cessent de déterminer le commencement ou la fin du rapport de droit, ou si leurs conséquences régulières, sans être annihilées complétement, se trouvent seulement modifiées. Mais si l'erreur annule ou diminue l'efficacité des faits juridiques, quelquefois aussi elle ajoute à cette efficacité, lorsqu'un obstacle qui eût empêché le rapport de droit perd, par suite de l'erreur, sa force dirimante. On peut ramener toutes ces différences à un point de vue commun en disant que l'erreur est susceptible de modifier exceptionnellement les conséquences régulières des faits juridiques.

Cette influence de l'erreur s'exerce effectivement et de deux manières différentes; souvent elle résulte de la règle même qui exige une connaissance exacte de l'état des choses, comme condition immédiate de la formation du rapport de droit, et ainsi le cas de l'erreur est formellement exclu de l'application de la règle (*b*). Quelquefois, au

(*a*) Voy. le traité, § 104, num. I, III.

(*b*) Ainsi, par exemple, l'édit portait : « Quæ *dolo malo* facta esse dicen-

contraire, cette connaissance exacte n'est pas une condition exigée pour la formation du rapport de droit, et ainsi ne fait pas partie immédiate de la règle. Au reste, il est reconnu que l'erreur modifie l'application ordinaire de la règle et établit une exception ou fournit un motif d'excuse. — En théorie et en pratique, les cas de la seconde espèce sont les seuls, à proprement parler, qui exigent une recherche et un examen spécial, puisque ceux de la première espèce portent avec eux la raison suffisante de leur décision. Néanmoins, il est bon de les réunir pour les étudier plus complétement.

Cette influence de l'erreur sur les rapports de droit se réalise, suivant les différents cas, avec les formes suivantes :

1° Souvent l'erreur agit directement, car elle empêche la formation du rapport de droit. Ainsi, dans tous les cas de la première espèce où la connaissance exacte de l'état des choses fait, comme condition, partie de la règle même; c'est ce qui ressort évidemment des exemple cités plus haut (note *b*). — Quelquefois, mais beaucoup plus rarement, cela a lieu dans les cas de la seconde espèce (*c*).

tur... judicium dabo. » L. 1, § 1 de dolo (IV, 3). L'idée de *dolus* implique discernement et intention, ce qui naturellement exclut l'erreur. — La formule de l'institution d'héritier *cum cretione* était ainsi conçue : « cernitoque in centum diebus proxumis, quibus *scies* poterisque. » (Gaius, II, § 165). L'édit tenait vraisemblablement le même langage, car pour l'*agnitio* de la *B. P.* il fixait un délai de cent jours ou d'un an (L. 1, § 1, h. t., L. 10 de B. P., XXXVII, 1). Ainsi le juge qui aurait prononcé la perte de la B. P. sans égard à l'ignorance, aurait violé la lettre de l'édit d'une manière non moins arbitraire que s'il eût prononcé la déchéance après quatre-vingts jours au lieu de cent.—De même encore l'infamie est prononcée contre celui qui épouse sciemment une veuve avant l'expiration de l'année de deuil (« sciens... uxorem duxerit. » L. 1, de his. qui not. III, 2). Ainsi la lettre même de la loi exclut le cas où le mariage a été contracté par erreur. — Cette formule *sciens dolo malo* se retrouve très-fréquemment dans les lois pénales proprement dites. Cf. Rudorff Zeitsch. f. gesch. Rechtswiss. vol. IX, p. 396.

(*c*) Celui qui prête à un *filiusfamilias* qu'il avait tout lieu de croire *sui* »

2° Il est des cas où l'erreur n'agit pas directement, mais au moyen d'institutions spéciales régulièrement organisées. Telles sont plusieurs espèces de condictions et les actions données par l'édit des édiles. La *doli exceptio* est aussi employée dans le même but (*d*).

3° Enfin, il est des cas où l'erreur n'agit sur le rapport de droit, ni immédiatement, ni au moyen d'institutions régulières, mais donne lieu à l'intervention extraordinaire du magistrat qui prononce péremptoirement; tel est le cas de la restitution. Le principe même de cette restitution n'a été mis en doute par personne (*e*), mais la limite de son application est une question très-controversée; plusieurs donnent à la restitution, c'est-à-dire, à l'influence de l'erreur, une extension exagérée, d'autres la font beaucoup trop restreinte. Sans entrer ici dans les détails de cette question, je signalerai les points principaux. Cette espèce de restitution s'applique le plus souvent aux actes de procédure faits ou omis imprudemment, aux engagements pris avec un *falsus* tutor (*f*), à différents cas de la prescription, à la séparation de patrimoine effectuée imprudemment par les créanciers d'une succession, au cas où un héritier aurait négligé

juris n'est pas soumis à l'*exceptio sc. Maced.* quoique le sénatus-consulte ne dit pas que le prêt dût être fait sciemment. L. 3., pr. ad sc. Maced. (XIV, 6), rapprochée de la L. 1, pr. eod. — De même aussi est réputée non avenue l'adition ou la renonciation de l'héritier s'il est dans l'erreur sur l'existence ou sur la nature de son titre. L. 15, 16, 19, 22, 23, 32, 33, 34 de adqu. vel om. her. (XXIX, 2).

(*d*) Si, par exemple, un legs est fait d'après un motif erroné. L. 72, § 6, de eund. (XXXV, 1).

(*e*) Paulus, I, 7, § 2. « Integri restitutionem prætor tribuit ex his causis, quæ per ... *justum errorem*... gesta esse dicuntur. » L. 2 de in int. rest. (IV, 1). « Sive per status mutationem aut *justum errorem*. »

(*f*) L. 1, § 6, quod falso (XXVI, 7). Ce cas de restitution pour cause d'erreur est le seul que nous sachions avoir été formellement exprimé dans l'édit. On appliquait par induction la *clausula generalis* à différents cas.

de poursuivre les meurtriers de son auteur; enfin elle sert dans plusieurs circonstances à protéger certaines classes de personnes privilégiées (Num. XXX-XXXIII) (*g*).

III.

Avant d'énumérer les différents cas dans lesquels l'influence de l'erreur est ou n'est pas admise, je vais tâcher de découvrir un principe plus général sur lequel se fonde cette influence. Ici nous trouvons tout d'abord, dans plusieurs textes, une règle qui établit une distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Tantôt ces deux cas nous sont représentés comme différents dans la pratique (*a*), tantôt on dit spécialement, au sujet de l'erreur de droit, qu'elle ne profite pas à celui qui la commet (*b*).

Mais dès que l'on recherche le motif de cette différence, on se trouve ramené à un principe supérieur, qui nous oblige de restreindre beaucoup ces deux règles.

En effet, on donne pour motif de la faveur accordée à l'erreur de fait qu'il est souvent difficile ou même impossible de l'éviter (*c*); et ici se présente aussitôt cette restric-

(*g*) Cette restriction de la restitution pour cause d'erreur s'accorde avec Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 21 et § 12, p. 184; seulement Burchardi admet en outre tous les cas susceptibles d'être ramenés aux règles connues du *damnum* et du *lucrum* (p. 385). Je m'expliquerai plus bas (num. VIII) sur ce point. Je n'admets aucunes restitutions pour cause d'erreur autres que celles formellement exprimées dans les sources du droit.

(*a*) L. 2, h. t. : « In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti » ignorantia haberi debet. » ... L. 9, pr. h. t. : « Regula est, juris quidem « ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. ... » L. 9, § 5, h. t. : « ... sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse ... » L. 8, h. t.; L. 29, § 1 mandati (XVII, 1); L. 11, § 4 de his qui not. (III, 2); C. 13 de reg. juris in VI.

(*b*) L. 7, h. t.; L. 11, 12, C. h. t.

(*c*) L. 2, h. t. : » cum... facti interpretatio plerumque etiam pruden- « tissimos fallat. »

tion, très-naturelle, que cette faveur ne doit pas s'accorder à celui qui est coupable d'une grande négligence (*d*). Pour faire sûrement l'application de cette disposition restrictive, il faut avoir égard aux circonstances particulières de chaque espèce. En général, celui qui se trompe sur ses propres actes ou sur sa propre capacité du droit, ne peut invoquer cette erreur; car elle suppose une grande négligence (*e*). Mais ce n'est toujours là qu'une présomption, car une semblable erreur est quelquefois admissible, soit à cause de la position particulière du sujet (*f*), soit à cause des circonstances spéciales de l'affaire (*g*).

De même aussi l'erreur de droit doit être traitée moins favorablement, puisque celui qui la commet est toujours coupable d'une grande négligence (*h*); en effet, les règles du

(*d*) L. 3, § 1; L. 6; L. 9, § 2, h. t.; L. 11, § 11 de interrog. (XI, 1); L. 3, pr. ad sc. Maced. (XIV, 6); L. 15, § 1 de contr. emt. (XVIII, 1); L. 14, § 10; L. 55 de ædil. ed. (XXI, 1); L. 3, § 7, 8; L. 4 quod vi (XLIII, 24).

(*e*) L. 3, pr. h. t.; L. 6, 7 ad sc. Vell. (XVI, 1); L. 5, § 1 pro suo (XLI, 10); L. 42 de R. J. (L, 17).

(*f*) L. 2, § 7 de j. fisci (XLIX, 14) : « si ea persona sit, quæ ignorare « propter rusticitatem vel propter sexum femininum jus suum possit. » Sur le sens de *jus suum*, cf. num. I, note *c*.

(*g*) La L. 1, § 2, h. t. parle d'un cas semblable.—Si d'autres textes, sans entrer dans aucun détail, admettent l'erreur d'un individu relativement à ses propres actes, ils impliquent toujours l'existence d'une excuse particulière. Je citerai comme exemples les L. 22, pr.; 32, § 1; 3 de cond. indeb. (XII, 6).

(*h*) Tout doit se ramener à l'idée de *culpa;* cela ressort clairement des textes cités note *d* et de la L. 29, § 1 mandati (XVII, 1). Là il n'est pas question, comme dans cette recherche, des effets de l'erreur d'après les règles générales du droit, mais par rapport à l'autre partie contractante; la *culpa* est évidemment la circonstance décisive, et néanmoins la décision a pour base la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Cf. Glossa in. L. 11, § 4, de his qui not. (III, 2); et Cujacius, Opp, IV, p. 508.

droit sont claires et certaines (*i*); chacun peut les apprendre directement ou s'en faire instruire par un jurisconsulte. On ajoute, il est vrai, que le reproche de négligence peut quelquefois n'être pas mérité, et alors cesse la défaveur attachée à cette négligence; mais ce sont là, dit-on, des cas extrêmement rares (*k*).

Ces deux règles peuvent donc se ramener à ce principe général, que l'erreur est inadmissible quand elle résulte d'une grande négligence, ou, si l'on envisage la chose sous une autre face, la seule erreur valable est celle que l'on peut appeler *justus* ou *probabilis error, justa ignorantia* (*l*). Mais ce principe général présente cette différence dans son application : pour l'erreur de fait, la négligence doit être prouvée; pour l'erreur de droit, il y a une présomption de négligence, présomption qui ne peut être détruite que par l'existence de circonstances extraordinaires. Ainsi donc ces

(*i*) L. 2, h. t. : « cum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpre« tatio plerumque etiam prudentissimos fallat. »

(*k*) L. 11 de Bon. Poss. (XXXVII, 1); L. 2, § 5 quis ordo (XXXVIII, 15); L. 9, § 3, h. t. : « Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita ac« cipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia « instructus sit : ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia : « *quod raro accipiendum est.* » Ces derniers mots peuvent s'entendre de trois manières. 1° Il est rare que l'on évite l'erreur de droit, mais cela est évidemment faux et en contradiction avec l'ensemble des textes. 2° Il est rare que l'opinion de Labeon ait été tenue pour vraie. Mais voici un troisième sens plus simple et plus naturel. Paul ne combat pas le principe de Labeon, seulement il en détermine l'application. Labeon pose indirectement cette règle, que même l'erreur de droit peut être invoquée s'il était difficile de l'éviter. Sans combattre cette proposition, Paul observe que ce cas se présentera rarement, et qu'ainsi dans la pratique cette règle a peu d'importance.

(*l*) Sur cette dernière expression, cf. L. 11, § 10 de interrog (XI, 1); L. 42, de R. J. (L. 17); L. 25, pr. de prob. (XXII, 3); en outre, les textes cités num. II, note *e* : et quant à la *probabilis error*, L. 5, § 1 pro suo (XLI, 10). — Le principe que je pose ici est dans sa généralité reconnu par Muhlenbruch, Archiv., vol. II, p. 383.

deux espèces d'erreurs sont soumises à la même règle, mais l'obligation de la preuve est différente. On peut aller encore plus loin et dire que pour l'erreur de droit non-seulement l'absence de la négligence, mais l'existence même de l'erreur est plus difficile à admettre que pour l'erreur de fait, et ce dernier point a beaucoup d'importance; car l'erreur, comme fait intellectuel, est rarement susceptible d'être prouvée complétement par les moyens ordinaires.

IV.

J'ai parlé d'un tempérament apporté à la défaveur que rencontre l'erreur de droit; je vais, là-dessus, entrer dans quelques détails. Ce tempérament, déjà admis par le droit romain, doit, à plus forte raison, être reçu par le droit moderne. En effet, cette défaveur suppose que l'erreur tombe sur une règle de droit reconnue généralement comme certaine. Autrement on ne saurait reprocher à celui qui se trompe une grande négligence, et aussi les nombreux exemples donnés par les sources se rapportent tous à des règles qui ont ce caractère d'évidence (*a*). Dès lors la défaveur doit cesser dans les deux cas suivants. D'abord, quand la règle est l'objet d'une controverse : si, par exemple, un principe divisait les deux sectes de jurisconsultes, le juge qui tenait pour une erreur de droit l'opinion de l'une des parties, ne pouvait cependant la condamner de négligence à s'informer du droit, car les *diversæ scholæ auctores* étaient aussi des jurisconsultes. Ensuite, quand la règle appartient au droit particulier; car la connaissance de ce droit est moins répandue et moins accessible que celle du droit général, surtout si le droit local est un droit coutumier dont l'existence

(*a*) L. 1, § 1-4, h. t.; L. 25, § 6 de her. pet. (V, 3); L. 10 de Bon. Poss. (XXXVII, 1); L. 31, pr. de usurp. (XLI, 3); L. 2, § 15, pro emt. (XLI, 4).

est toujours plus difficile à constater que l'existence d'une loi (*b*). Ces deux restrictions une fois admises, nous devons, en droit moderne, traiter l'erreur de droit moins rigoureusement que ne faisaient les jurisconsultes romains. En effet, dans l'état actuel de la civilisation et de la science, les questions controversées sont beaucoup plus nombreuses que du temps des Romains, et le droit particulier occupe en Allemagne une place beaucoup plus importante que chez les Romains; aussi l'erreur sur le droit particulier est-elle formellement déclarée excusable dans un texte remarquable du droit canon (*c*). Réclamer un pareil adoucissement, ce n'est pas s'écarter arbitrairement des principes du droit romain, mais les appliquer selon leur esprit à des circonstances différentes, et ce principe posé comme fait par Paul : *quod raro accipiendum est* (Num. III, *k*) se modifie de soi-même par ce léger changement : *quod minus raro hodie accipiendum est.*

V.

Les détails dans lesquels je viens d'entrer sur l'erreur de droit confirment ce résultat pratique annoncé plus haut (Num. I), que rapporter faussement une espèce à une règle constitue une erreur de fait et non une erreur de droit. Rapprocher l'espèce de la règle, si l'espèce est simple, est chose trop facile pour donner lieu à une erreur. Mais pour

(*b*) On n'a rien à objecter contre cette distinction entre la loi et la coutume relativement à l'appréciation de l'erreur de droit. Mais c'est à tort que plusieurs auteurs regardent l'erreur sur le droit coutumier comme une erreur de fait et non comme une erreur de droit. Puchta Gewohnheitsrecht, II, p. 217-220.

(*c*) C. 1 de constitut., in VI. (I, 2) : « Romanus pontifex .... locorum « specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, cum « sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare. » Ce qu'ici l'on accorde au pape doit sans aucun doute être accordé à chacun.

une espèce compliquée, ce rapprochement devient souvent si difficile, que plusieurs personnes ayant une égale intelligence des règles, jugeront l'espèce d'une manière très-opposée. Il y aurait donc arbitraire et injustice, si, non content de donner tort à celui dont on rejette le jugement, on l'accusait d'une grande négligence comme s'il lui eût été facile de s'enquérir de la vérité. Un exemple rendra la chose sensible. La loi célèbre *frater a fratre* (L. 38, de cond. indebiti) se rapporte à une espèce tellement compliquée, que des jurisconsultes fameux, par la manière seule de poser les faits, sont arrivés à des interprétations contradictoires. Or, supposons un acte juridique basé sur une fausse interprétation de ce texte : verrons-nous là une négligence inexcusable, et défendrons-nous à celui qui se serait trompé ainsi d'exciper de son erreur ? Les Romains jugeaient la chose autrement ; car, quoiqu'ils traitassent l'erreur de droit avec une grande rigueur et ne l'admissent jamais comme motif de la *condictio indebiti*, Africain l'admet ici sans hésiter, évidemment d'après ce principe qu'un débiteur en payant à son frère, faute de savoir se reconnaître au milieu des complications de ce rapport de droit, commet une erreur bien différente de celle qui tomberait sur une règle simple que l'on pourrait aisément comprendre ou se faire expliquer (*a*).

Au reste, ce que je viens de dire s'applique uniquement à l'erreur prise en soi; si donc la fraude de l'une des parties se combine avec l'erreur de l'autre partie, il y a lieu d'appliquer les règles sur la fraude, et non les règles sur l'erreur, et alors peu importe que l'erreur résulte de la négligence ou soit une erreur de droit. Ainsi donc il est indifférent que l'erreur provoquée par la fraude soit une erreur de fait ou une erreur de droit.

(*a*) Muhlenbruch, p. 423, suppose l'existence d'une erreur de droit, et il se sert de cet argument pour prouver que quant à la *condictio indebiti* l'erreur de droit ne nuit pas.

VI.

Bien que nous ayons ramené à une règle commune les règles spéciales sur l'erreur de fait et sur l'erreur de droit, cela ne nous donne pas un principe positif, c'est-à-dire qui nous permette d'apprécier l'influence de l'erreur dans chaque cas particulier. Celui, par exemple, qui achète trop cher ou vend trop bon marché parce qu'il se trompe sur la valeur de la chose, ne trouve pas de protection contre cette espèce de préjudice, que l'erreur soit de fait ou de droit, excusable ou non excusable. Au contraire, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, pourvu que le payement résulte d'une erreur de fait; cette distinction, et en général les conséquences de l'erreur, ne sont pas contenues dans la règle posée plus haut. Cette règle n'a qu'une signification négative: dans les cas même où l'erreur est de nature à exercer son influence, cette influence cesse si l'erreur résulte d'une grande négligence, et telle est ordinairement l'erreur de droit. Si nous ne pouvons trouver ailleurs un principe positif, il nous faudra prendre pour point de départ les propositions suivantes: L'erreur en soi n'a aucune influence sur les actes juridiques, et ne donne lieu à aucune réparation du préjudice qu'elle entraîne. Il y a différents cas particuliers où l'on admet son influence, mais toujours d'après des motifs spéciaux; même dans les cas de cette dernière espèce, l'erreur perd son influence, si elle repose sur une grande négligence: pour l'erreur de droit, il y a en général présomption de négligence; pour l'erreur de fait, la négligence doit toujours être prouvée.

Il me reste donc à passer en revue les différentes classes de faits juridiques, et à apprécier l'influence de l'erreur sur chacun d'eux. Mais comme on trouve en apparence, dans les sources du droit romain, deux principes positifs, je dois, pour justifier ma méthode, commencer par les contrôler.

VII.

Voici des textes qui semblent poser comme principe absolu que la volonté, déterminée par l'erreur, n'est pas une volonté véritable, et dès lors ne doit point agir comme telle:

« .... cum non consentiant qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est quam error qui imperitiam detegit? »

L. 15 de jurisd. (II, 1).

« error enim litigatorum non habet consensum. »

L. 2 pr. de jud. (V, 1).

« nulla enim voluntas errantis est. »

L. 20 de aqua pluv. (XXXIX, 3).

« Non videntur, qui errant, consentire. »

L. 116, § 2 de R. J. (L, 17).

« cum errantis voluntas nulla sit. »

L. 8, C. h. t.

« cum nullus sit errantis consensus. »

L. 9, C. h. t.

Cette proposition, si elle était vraie, aurait la plus haute importance, et nous y trouverions un principe positif et péremptoire sur l'efficacité de l'erreur. Mais il est indubitable que cette proposition doit être déclarée fausse. Nous en avons une preuve décisive dans la théorie du *dolus* si soigneusement élaborée par le droit romain. Si l'erreur en soi suffisait pour exclure absolument l'existence de la volonté, et par conséquent ses effets, tout contrat déterminé par l'erreur se trouverait nul, et il serait indifférent que l'erreur fût ou non le résultat de la fraude. Néanmoins le droit romain regarde l'existence de la fraude comme une circonstance importante et décisive. Dans ce cas même il ne déclare pas le contrat nul, mais il lui ôte ses effets par une voie indirecte, la *doli exceptio*. Tout cela implique évidemment que l'erreur en soi n'exclut ni la volonté ni ses effets,

et qu'un contrat déterminé par une simple erreur est un contrat valable et inattaquable.

La contradiction apparente que présentent les textes cités plus haut disparaît si on ne les prend pas isolément et comme l'expression d'une règle générale, mais dans leurs rapports avec tout ce qui les entoure et avec d'autres textes analogues. Chacun de ces textes signifie seulement que dans certains cas donnés et sous certaines conditions, l'acte déterminé par l'erreur ne produit pas d'effet. J'exposerai dans la suite de cette recherche les conditions spéciales de ces différents cas; il me suffit d'avoir montré ici que les textes cités ne contiennent pas de principe positif sur la théorie de l'erreur.

VIII.

Voici un autre principe beaucoup plus généralement admis comme positif par les auteurs modernes. L'erreur de fait peut être invoquée sans distinction, soit qu'il s'agisse de réaliser un bénéfice ou d'éviter une perte; l'erreur de droit peut être invoquée dans ce dernier cas seulement, et non dans le premier. Ce principe semble nettement posé dans deux textes qui, chose remarquable, sont tous deux empruntés à Papinien.

L. 7, h. t. « Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. »

L. 8, h. t. « Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis abest: ceterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet. »

Nous trouvons encore dans un autre texte une proposition incidente qui semble se rattacher au principe de Papinien :

L. 11, C. h. t. « Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat.... »

Mais dès que l'on essaye de faire usage de ce prétendu principe, on le trouve en contradiction avec les décisions

particulières les plus formelles, et d'ailleurs inapplicable par son manque de précision. La première de ces assertions, de sa nature la plus décisive, ne peut être justifiée complétement qu'à la fin de cette recherche, lorsque j'aurai montré l'influence de l'erreur sur les divers rapports de droit; je me contenterai de présenter ici deux considérations générales à l'appui de ce que j'avance. Nous avons trouvé dans les sources du droit, comme principe fondamental, que l'erreur, pour être invoquée utilement, devait être excusable, et que l'erreur de droit, sauf de rares exceptions, n'était pas excusable (Num. III); or, si l'erreur de droit peut toujours être invoquée pour éviter une perte réelle, ces deux principes sont en contradiction. Ensuite un des cas les plus importants de l'erreur dans les relations journalières de la vie, est celui où nous souffrons une perte par ignorance de la valeur véritable des choses, si, par exemple, nous achetons ou nous louons trop cher, si nous vendons ou nous louons trop bon marché. Cela constitue toujours une erreur de fait qui, suivant la doctrine de Papinien, devrait servir à écarter le dommage. Or, tout le monde s'accorde à reconnaître que dans ce cas si ordinaire et si important, l'erreur ne saurait être invoquée.

Les jurisconsultes modernes ont tenté de détruire ces objections par des distinctions extrêmement subtiles; ainsi, par exemple, les jurisconsultes romains, pour désigner les cas où l'erreur peut être valablement invoquée, emploient indifféremment les expressions suivantes: *prodest*, *non obest*, *non nocet*, *permissum est*, *subvenitur;* et pour désigner les cas inverses, *non prodest*, *obest*, *nocet*, *detrimento est* (*a*). Suivant plusieurs auteurs modernes, chacune de ces expressions répond à une nuance particulière d'idées (*b*). De même

(*a*) L. 7, 8, h. t, rapprochées de la L. 9 pr., § 3 h. t., où ces expressions sont employées indifféremment l'une pour l'autre.

(*b*) Cujacius, obs. V, 39, et Opp., VII, p. 890.

on trouve une fois l'expression : in damnis *amittendæ rei suæ* (L. 8, h. t.); là-dessus on prétend fonder entre le « damnum rei *amittendæ* » et « *amissæ* » une distinction qui domine toute la matière (*c*). Une interprétation aussi arbitraire et aussi dépourvue de critique pourrait tout au plus s'accréditer par l'évidence et par la simplicité des résultats; mais c'est ce que nous ne trouvons nullement chez ces auteurs. Nous ne saurions donc mieux faire que d'abandonner tout à fait ce principe auquel les hypothèses et les restrictions les plus arbitraires donnent seules une apparence de réalité, principe qui jette inutilement de la confusion sur une théorie où les applications aux diverses institutions ne rencontrent en général ni obscurité ni incertitude (*d*). En procédant ainsi, nous n'allons pas contre les sources, mais nous nous tenons à leurs décisions particulières certaines, et nous regardons les textes cités comme une tentative malheureuse de généralisation. Au reste, cette critique tombe non pas sur Papinien, mais sur les compilateurs; si nous avions les ouvrages originaux auxquels ces textes ont été empruntés, nous y verrions sans doute avec quelles restrictions Papinien avançait ces propositions (*e*). Détachées de

(*c*) Donellus, I, 21, § 14-20, I, 22, § 1, 2.

(*d*) Cette doctrine est dans sa généralité conforme à celle de Mühlenbruch, p. 413-416; mais cet auteur se montre inconséquent en voulant sauver une partie du principe qu'il rejette dans son ensemble, et il prétend que l'erreur de droit n'est pas admissible dans le cas de *lucrum*. Cette modification ne se justifie pas mieux que le principe lui-même.

(*e*) Ainsi je ne prétends pas que les distinctions faites dans les textes de Papinien sont fausses, mais qu'elles ont une vérité relative. Dans l'état actuel des textes, nous ne pouvons déterminer avec certitude quels cas particuliers Papinien avait eu vue, ce qui sans doute ressortait clairement de l'ensemble du texte original. Vraisemblablement Papinien parlait des effets de l'erreur, non pas en général, mais relativement à certaines classes privilégiées, ou plutôt aux femmes seulement. J'entrerai là-dessus dans plus de détails à la fin de ce paragraphe.

leur ensemble, elles offrent un caractère de généralité que nous ne pouvons admettre comme vrai. Indépendamment de la mutilation que ces textes ont éprouvée en passant dans le Digeste, nous devrions suivre cette règle générale d'interprétation, que là où des principes abstraits, posés par les jurisconsultes, se trouvent en contradiction avec des décisions concrètes non douteuses, celles-ci doivent avoir la préférence (§ 44).

Mais afin de répondre plus complétement encore au reproche d'interprétation arbitraire des sources, j'ajouterai les considérations suivantes. Le procédé employé ici ne diffère pas essentiellement de celui qui nous a servi à écarter l'apparence du premier principe (Num. VII). Si dans ce cas la plupart des auteurs ont admis la légitimité du procédé expressément ou implicitement, on ne peut sans inconséquence se refuser à en faire l'application au second principe. — Ensuite, le résultat de notre recherche se borne à repousser, comme règle générale, la distinction entre le *lucrum* et le *damnum* établie par les textes cités. Ces textes n'expriment du reste que la différence bien connue entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, et ils s'accordent avec les textes nombreux qui établissent la même distinction (Num. III, note *a*). Parmi ces derniers il en est même un qui se trouverait en contradiction directe avec les textes de Papinien, si nous ne devions pas lui refuser l'autorité d'un principe absolu (*f*).

Enfin je reviens à l'assertion déjà émise, que le prétendu principe contenu dans les textes de Papinien ne saurait être appliqué sûrement, vu son défaut de précision ; en effet,

(*f*) L. 9, pr., h. t. : « Regula est, juris quidem ignorantiam *cuique* nocere, facti vero ignorantiam non nocere. » Ici le préjudice résultant de l'erreur de droit est exprimé d'une manière absolue, sans distinction d'une perte positive ou d'un profit manqué.

la question de savoir si le préjudice causé par l'erreur est la privation d'un bénéfice ou une perte réelle, dépend souvent du point de vue sous lequel nous envisageons l'acte juridique. Or, comme le principe ne détermine nullement ce point de vue, le résultat définitif reste incertain. Celui, par exemple, qui exerce la *condictio indebiti* veut faire un gain par rapport au moment de sa demande, car la somme payée ne fait plus partie de ses biens, et le payement l'a déjà rendu plus pauvre; par rapport à l'époque qui précède le payement, il veut éviter une perte. La question de perte ou de gain dépend donc du moment auquel nous envisageons l'état des biens avant ou après le payement (*g*); celui qui accomplit une usucapion peut ne pas devenir plus riche, car souvent l'usucapion n'a que le résultat, très-important pour la pratique, de suppléer au défaut de preuve d'une propriété qui existait déjà en réalité; mais celui qui acquiert la propriété en vertu de l'usucapion ne devient plus riche de la valeur de cette propriété que par rapport au moment qui précède l'usucapion; si nous nous reportons à une époque antérieure, peut-être évite-t-il seulement la perte qu'il aurait faite si, ayant acheté la chose d'autrui, son vendeur n'était pas en état de l'indemniser de l'éviction. Celui

(*g*) Ainsi s'explique la distinction subtile de Doneau entre le *damnum rei amittendæ* et *amissæ*. — Höpfner, Institutionen commentar, § 954, admet que dans le cas de la *condictio indebiti* le demandeur veut ordinairement éviter une perte, mais quelquefois aussi faire un bénéfice, notamment quand un héritier testamentaire, après avoir payé les legs sans retenir la falcidie, réclame le surplus indûment payé, car cette retenue est un pur bénéfice. Ainsi Höpfner recule encore l'époque de l'appréciation, c'est-à-dire qu'il la place antérieurement à l'acquisition de l'hérédité, et certainement alors l'hérédité tout entière, de même que le quart de la falcidie, apparaît comme un pur bénéfice; ou bien antérieurement à la loi Falcidia qui accorda aux héritiers le prélèvement comme pur bénéfice. D'où l'on voit encore mieux que cette distinction prête aux applications les plus arbitraires, et ne peut en soi servir comme une règle sûre

qui a acheté trop cher et veut revenir sur son contrat, demande à éviter une perte, si on prend ses biens anterieurement au contrat; si l'on n'envisage que le moment actuel, il demande à s'enrichir, car le dommage est déjà consommé par l'obligation contractée et non par le payement de la somme. — Ainsi donc ce principe étant susceptible d'applications complétement opposées, ne saurait nous fournir une règle sûre, sans parler de sa contradiction avec des décisions particulières non équivoques.

Je ne veux pas dire que l'idée de *lucrum* soit toujours vague et peu susceptible d'application aux matières de droit. Quand un acte juridique a pour but déterminé d'enrichir une des parties (la donation), le *lucri animus* est une condition spéciale et essentielle d'un pareil acte; mais aussi l'acte lui-même nous donne une époque fixe pour apprécier l'augmentation ou la diminution des biens, et c'est précisément l'absence de cette circonstance qui rend si inutile dans l'application ce prétendu principe sur l'erreur.

Cette dernière remarque nous conduit à préciser nos conjectures sur le texte primitif de Papinien et sur l'interpolation qu'il a subie. La confusion vient de ce que Papinien semble avoir voulu donner une classification complète au moyen de laquelle on pût toujours reconnaître si l'erreur peut être utilement invoquée ou non; sous cette forme générale les textes de Papinien nous donnent des résultats ou entièrement faux ou équivoques, c'est-à-dire, de vains résultats; mais dans la réalité Papinien ne parlait pas de l'erreur en général, il parlait de l'erreur des femmes seulement. Les femmes avaient de son temps le privilége de pouvoir invoquer même l'erreur de droit dans tous les cas où l'influence de l'erreur était admise, les donations exceptées, c'est-à-dire, non pas tous les actes qui ont pour résultat d'enrichir une des parties, mais ceux où la volonté commune des contractants a spécialement pour but d'enri-

23.

chir une seule des parties. Dès lors le mot *lucrum* avait un sens très-précis; quant à celui du mot *damnum*, nous ne saurions le déterminer, mais il n'est pas douteux que Papinien parlait des femmes, cela ressort clairement des expressions mêmes des textes. Les compilateurs se virent forcés de généraliser ce passage, parce que, dans la suite, le privilège des femmes se trouva restreint et leur condition presque assimilée à celle des hommes (Num. XXXI). Voilà comment l'inadvertance des compilateurs a donné à ces textes la fausse apparence d'un principe général sur l'efficacité de l'erreur.

Jusqu'ici j'ai présenté cette explication comme une hypothèse vraisemblable propre à donner une solution satisfaisante de la difficulté; mais cette hypothèse emprunte une valeur historique à une constitution impériale dont j'ai déjà parlé, et où nous voyons les compilateurs suivre le même procédé que pour les textes de Papinien. C'est une loi de Constantin, L. 3, c. Th., de sponsal. (III, 5). « *Quamvis in* « *lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat, contra* « *ætatem adhuc imperfectum locum hoc non habere, retro* « *principum statuta declarant.* Ne igitur soluta matrimonii « caritate inhumanum aliquid statuatur, censemus, si futuris « conjugibus tempore nuptiarum intra ætatem constitutis « res fuerint donatæ et traditæ, non ideo posse eas revocari, « quia actis consignare donationem quondam maritus no- « luit. » Tout ce qui n'est pas imprimé en caractères italiques est reproduit littéralement, sauf l'addition insignifiante du mot *attamen*, dans la L. 11, h. t., du Code Justinien. On voit clairement d'après le fragment supprimé que *lucrum* désigne ici spécialement la donation, et non pas la moitié des actes juridiques en général, qu'il est question de certaines classes privilégiées, et qu'en matière de donations on accorde aux mineurs une faveur refusée aux femmes. La suppression de la partie concrète a donné à la loi du Code le

même caractère d'abstraction qu'aux textes de Papinien. Or, comme nous avons sous les yeux la suppression opérée pour le Code, la supposition que le texte du Digeste a une même origine trouve dans cette analogie un fondement historique.

IX.

Après avoir écarté ces deux prétendus principes, je reprends la marche indiquée plus haut (Num. VI), et, passant en revue les différentes classes de faits juridiques, je signalerai ceux dont les effets réguliers sont modifiés par l'influence de l'erreur; pour que l'on saisisse mieux l'ensemble de cette recherche, je donne ici un tableau sommaire de son contenu.

I. Faits positifs.

1. Actes juridiques *inter vivos :*

A. Efficacité en soi.

a. Déclaration de volonté formelle (Num. X, XI).

b. Déclaration de volonté tacite (Num. XII).

B. Causes de nullité que peut faire cesser l'erreur :

a. Dès l'origine de l'acte (Num. XIII).

b. Postérieurement à la passation de l'acte (Num. XIV-XVI).

2. Actes dans le domaine du droit de succession (Num. XVII, XVIII).

3. Actes de procédure (Num. XIX).

4. Délits et quasi-délits (Num. XX, XXIII).

II. Faits négatifs. (Omissions) (Num. XXIV-XXIX).

X.

Les matières les plus importantes et les plus nombreuses sur lesquelles l'erreur pourrait exercer son influence, seraient les transactions commerciales journalières, et notam-

ment les contrats, ce qui comprendrait les contrats obligatoires et la tradition qui, de son essence, est aussi un contrat. Mais ici l'erreur, de fait ou de droit, excusable ou non excusable, n'a en principe aucune influence. Ainsi donc la vente déterminée par l'erreur est inattaquable; la tradition résultant d'une erreur est parfaite. Le seul moyen de protéger le commerce contre l'arbitraire et une incertitude sans bornes, était d'ôter en pareille matière toute influence à l'erreur, et cela sous quelque forme que pût se montrer cette influence (Num. II). Ainsi le contrat, determiné par l'erreur, n'est pas nul en soi, et on ne saurait l'attaquer ni par une demande ordinaire, ni par la voie de la restitution (*a*).

Ce principe est également vrai soit que l'erreur tombe sur la valeur ou sur les qualités de la chose, et c'est là le cas le plus ordinaire, soit qu'elle tombe sur nos droits à la chose. Si donc j'attribue faussement à Titius la propriété d'une chose qui m'appartient, et que j'aliène cette chose comme mandataire de Titius, l'aliénation n'en est pas moins obligatoire pour moi (*b*). — Ce principe est encore vrai nonseulement en ce sens que la victime de l'erreur ne peut s'en prévaloir pour échapper au préjudice résultant du contrat, mais aussi dans le sens inverse, c'est-à-dire, que nous profitons d'un contrat valable en soi, quand même nous nous serions trompés sur sa validité. Si donc un propriétaire nous fait la tradition d'une chose, la propriété nous est acquise, quoique nous ayons ignoré sa qualité de propriétaire (*c*).

(*a*) Le principe fondamental que je pose ici a déjà été établi et défendu contre les attaques de plusieurs auteurs par Thibaut, Versuche, vol. II. Abhandlung, IV, num. 11.

(*b*) L. 49, § 1 mandati (XVII, 1), qui semble contredite par la L. 35, de adqu. rer. dom. (XLI, 1); mais cette dernière loi s'applique à la confusion de deux choses différentes par rapport à la tradition (error in corpore). Cf. Thibaut, Versuche, vol II, p. 107.

(*c*) L. 9, § 4, h. t. (Herald obs. C. 35, corrige *ementis* au lieu de *mentis*,

Ce principe important doit être mis à l'abri de toute objection. Il résulte d'abord de la nature de la volonté libre, dont l'existence et l'efficacité sont tout à fait indépendantes des motifs vrais ou faux qui l'ont déterminée, et il se trouve également confirmé par l'analyse philosophique de la liberté (Traité, § 115) et par les dispositions du droit romain, quoique certains textes semblent dire le contraire (Num. VII). — Ce principe est encore implicitement établi par diverses institutions très-importantes du droit romain, qui, sans lui, seraient impossibles. Je citerai d'abord la théorie du *dolus* dont j'ai déjà tiré argument (Num. VII), puis les exceptions mêmes au principe que je vais exposer avec détail, les actions édiliciennes et les conditions. Comment s'expliquer leur utilité et leur caractère exceptionnel si fortement prononcé, à moins d'admettre notre principe comme une règle reconnue généralement et au-dessus de toute controverse ? — Enfin, voici plusieurs décisions particulières du droit romain qui viennent le confirmer.

1° Celui qui fait une donation en vue de récompenser des services qui ne lui ont pas été rendus, ne peut, malgré cette erreur, reprendre les choses données (*d*).

2° Si l'on achète des marchandises au poids, et que pour les peser un tiers donne sciemment de fausses balances, la partie lésée peut, dans la règle, réclamer l'exécution loyale du marché, et le dommage se trouve ainsi réparé. Mais si les balances ont été spécialement désignées dans le contrat, la partie lésée n'a d'autre recours qu'une *actio doli* contre

correction qui donne un sens raisonnable, mais qui n'est pas nécessaire). — Sans doute ici celui qui reçoit la chose est *in mala fide*, ce qui empêcherait l'usucapion; mais la mauvaise foi n'empêche pas l'effet direct de la tradition faite par le véritable propriétaire, et qui n'a pas besoin de l'usucapion pour être complète.

(*d*) L. 65, § 2, de cond. indeb. (XII, 6).

l'auteur de la fraude (*e*). De là il résulte nécessairement que, malgré l'erreur, le contrat est inattaquable en soi, car l'*actio doli* n'est jamais admise tant qu'il existe un autre moyen de réparer le dommage, soit une action, soit une exception, dirigées soit contre l'auteur de la fraude, soit contre un tiers (*f*).

3° Le créancier qui, par la fraude de son débiteur, consent une acceptilation, a contre son débiteur l'*actio doli* (*g*); d'où l'on voit que, malgré l'erreur, l'acceptilation est valable, car autrement l'*actio doli* serait superflue et dès lors inadmissible (note *f*).

XI.

Notre principe souffre néanmoins deux exceptions remarquables. Ainsi, il y a deux cas où l'acte juridique déterminé par une erreur peut être attaqué en vertu d'actions spéciales (*a*).

Le premier cas se rapporte aux actions édiliciennes. Celui qui achète une chose ayant certains vices cachés spécialement déterminés, peut, à son choix, demander la résiliation de la vente ou une diminution de prix, et cela uniquement à raison de son erreur, soit que le vendeur ait connu ou ignoré le vice de la chose (*b*). Je n'ai pas à examiner ici cette

(*e*) L. 18, § 3, de dolo (IV, 3).

(*f*) L. 1, § 4-8, L. 2-7, de dolo (IV, 3).

(*g*) L. 38, de dolo (IV, 3).

(*a*) Il ne faut pas comprendre dans ces cas exceptés celui de la fraude, car alors l'erreur cesse d'opérer comme telle et la fraude engendre des rapports de droit spéciaux (Traité, § 115). On ne doit pas non plus assimiler à ces cas la résiliation de la vente pour *læsio ultra dimidium*, car si l'erreur sur la valeur véritable de la chose peut avoir déterminé le vendeur, celui-ci peut avoir cédé à un besoin d'argent dont l'acheteur aurait abusé d'une manière usuraire, et alors l'erreur n'est pour rien dans la vente.

(*b*) Sous ce rapport on ne doit pas assimiler les actions édiliciennes à

matière dans tous ses détails, mais seulement dans ses rapports avec l'erreur, et elle nous apparaît comme une exception positive à la règle que l'erreur n'exerce aucune influence sur la validité des contrats. Ce caractère d'exception positive se reconnaît à une foule de signes : l'exclusion des actions ordinaires, l'introduction d'une action spéciale soumise à une prescription particulière et fort courte, les conditions même de fait arbitrairement fixées pour l'exercice de cette action (*vitium* et *morbus*). — Mais ici se représente encore le principe négatif posé plus haut (num. VII); les actions édiliciennes cessent là où l'erreur est le résultat d'une grande négligence (*c*).

Le second cas excepté, et beaucoup plus important, se rapporte aux condictions (*d*). Ici encore on suppose un acte

l'action en garantie contre l'éviction, bien que cette dernière implique une erreur (L. 27, C. de evict., VIII, 45). Car ici le motif de l'action n'est pas l'erreur, mais l'inexécution des conditions de la vente (L. 11, § 2 de act. emt., XIX, 1; L. 8 de evict. XXI, 2), et l'erreur figure en ce sens, que si l'acquéreur eût connu le droit du tiers, il perdrait son recours contre le vendeur. Aussi chez les jurisconsultes romains la garantie de l'éviction n'était pas comme les prescriptions de l'édile, une règle de droit positif, mais une conséquence naturelle de la vente, et on pouvait l'exercer en vertu de l'*actio emti* qui ne donnait à l'acheteur aucun recours en cas de *vitium* ou de *morbus*.

(*c*) L. 14, § 10, de ædil. ed. (XXI, 1) : « Si... talis tamen morbus sit, qui « omnibus potuit apparere ..... ejus nomine non teneri Cœcilius ait .... ad « eos enim morbos vitiaque pertinere edictum ædilium probandum est, « quæ quis ignoravit, vel ignorare potuit. » Ces derniers mots s'expliquent par ceux qui précèdent; l'erreur doit être établie en fait ou rendue vraisemblable par la nature cachée du vice de la chose. Au reste on comprend, et cela est exprimé plus haut, que l'erreur même prouvée, si elle résulte d'une grande négligence, n'est pas prise en considération.

(*d*) J'emploie ici pour plus de précision cette expression générale, bien qu'il faille retrancher : 1° les condictions dérivant des contrats, le prêt et la stipulation; 2° les condictions anomales où l'erreur n'entre pour rien, la *condictio furtiva* et *ob turpem causam*. Restent donc les condictions suivantes qui reposent sur une *causa* erronée : A. pour une *causa* future, la *con*

juridique valable en soi, et qui, à raison seule de l'erreur, peut être attaqué en vertu d'une action particulière. Mais on suppose que l'acte a été fait en vue d'une *causa* juridique, et que l'erreur tombe précisément sur cette *causa*, non sur les avantages ou les préjudices qui, en fait, peuvent résulter de l'acte (*e*). L'acte juridique peut avoir pour objet une prestation, par exemple un payement ou un contrat obligatoire; dans le premier cas la condiction tend à la restitution de la somme payée (*f*), dans le second cas à la libération de l'obligation contractée, et cette libération peut s'opérer non-seulement au moyen de la condiction, mais plus simplement encore par une exception contre la demande du créancier en exécution du contrat (*g*). — Ce que j'ai dit des actions édilicieunes s'applique ici, et à plus forte raison; il n'entre

dictio ob causam datorum; B. pour une *causa* présente ou passée, la *condictio sine causa* en général; et pour un cas spécial, mais le plus important et le plus fréquent de tous, la *condictio indebiti*.

(*e*) Quand de mon côté j'exécute un contrat d'échange, c'est afin de mettre l'autre partie dans l'obligation d'exécuter aussi le contrat. Cette (*obligandi*) *causa* a une nature toute juridique, et si je suis trompé dans mon attente, j'ai la *condictio ob causam datorum*. Mais si l'autre partie ayant de son côté exécuté le contrat, il se trouve que j'ai échangé une bonne chose contre une mauvaise, mon erreur me cause un préjudice; mais cette erreur sur l'utilité ou la valeur de la chose est une erreur purement de fait, qui ne se rattache à aucune *causa* juridique et ne donne lieu à aucune condiction. Ici la *causa* juridique a produit tous ses effets, et indépendamment de l'erreur.

(*f*) L. 1, § 1, L. 7 de cond. indeb. (XII, 6). C'est là le cas le plus ordinaire, celui qui est constamment supposé dans tout le titre du Digeste.

(*g*) L. 5, § 1, de act. emti (XIX, 1); L. 51, § 1 de pactis (II, 14); L. 31 de cond. ind. (XII, 6). Cela peut se présenter sous des formes très-diverses. Si, étant héritier, je crois faussement que le testament m'oblige à vendre ma maison et que je la vende en effet; ou bien encore si, me croyant faussement débiteur, au lieu de payer comptant, je contracte une obligation nouvelle en vertu d'une novation, si, par exemple, je consens à un échange. On verra plus bas d'autres cas encore plus compliqués où ce principe trouve son application.

pas dans mon plan de développer cette partie importante du droit des obligations, je veux seulement montrer comment les condictions se rattachent à la théorie de l'erreur, et, sous ce rapport, je n'aurai presque à m'occuper que de la *condictio indebiti*, car elle est la plus importante de toutes, celle qui se présente le plus souvent, et celle aussi que les jurisconsultes romains ont le plus approfondie. Je vais donc parler de l'erreur par rapport exclusivement à la *condictio indebiti*. — Ici la distinction établie plus haut (num. III) entre l'erreur de fait et l'erreur de droit a surtout une grande influence, car l'erreur de fait, et non l'erreur de droit, peut seule donner ouverture à la condiction. A la vérité, ce grand principe est très-controversé, et il appellerait la discussion de l'opinion contraire et des raisons sur lesquelles elle s'appuie; mais une semblable discussion entraverait la marche de la recherche principale et empêcherait d'en saisir l'ensemble. Aussi ai-je préféré de laisser de côté cette question, en me réservant de la traiter à part à la fin de cette recherche (num. XXXV, sq.).

Telles sont les deux exceptions du droit romain. Le droit canon en ajoute une troisième relative aux mariages contractés sur de fausses suppositions. Alors le mariage est nul, mais dans un cas seulement, quand un des conjoints est esclave et l'autre libre, et que ce dernier ignorait la condition de son conjoint (*h*). Ce cas ne pouvait se présenter en droit romain, puisque le mariage était absolument interdit aux esclaves, indépendamment de la volonté ou de l'ignorance des parties.

(*h*) C. 4, C. 29, q. 2, C. 2, 4, X, de conj. serv. (IV, 9). Bohmer, § 348, 384, not. *a*. Eichhorn, II, p. 352. — Les praticiens veulent à tort étendre ce principe à d'autres cas. Cela est presque toujours inutile, car ordinairement il y a fraude, et alors l'erreur se trouve absorbée.

XII.

Jusqu'ici j'ai parlé des déclarations de volonté expresses; par rapport aux déclarations de volonté tacites (§ 131), l'erreur ne présente pas tout à fait les mêmes caractères. En effet, l'existence de la volonté est mise hors de doute par la déclaration verbale ou écrite, et il s'agit seulement de savoir si l'erreur doit enlever à la volonté son efficacité ordinaire. Dans le cas de la déclaration tacite, l'existence de la volonté n'est pas certaine de soi, et il faut d'abord l'établir d'après certains actes que l'on admet comme expression de la volonté. Or, si ces actes ont été faits dans une supposition erronée qui ne permet pas d'y voir l'expression de la volonté, nous n'avons aucun motif pour admettre une modification du droit, et nous n'avons plus à rechercher si la volonté doit conserver son efficacité régulière.

Ici non-seulement nous établissons un nouveau principe relativement à l'influence de l'erreur sur les déclarations de volonté tacites, mais dans les applications de détail les décisions ne sont plus les mêmes. Ainsi, on n'examine pas si l'erreur est ou non le résultat de la négligence, et l'on ne fait aucune distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, car l'erreur de droit exclut aussi l'existence de la volonté, c'est-à-dire, la condition indispensable du rapport de droit.

Le principe que je viens d'établir se trouve confirmé par les décisions suivantes.

Celui qui, pour l'écoulement des eaux pluviales, fait sur son terrain des travaux de nature à porter préjudice à son voisin, peut être contraint, en vertu d'une action spéciale, à rétablir les choses dans leur état primitif. Si le voisin a connaissance des travaux et ne s'y oppose pas, il consent tacitement à supporter le dommage, et l'action cesse d'être recevable. Mais il n'y a plus lieu à l'exception si le voisin

était dans l'erreur sur les conséquences des travaux, car alors on ne saurait regarder son silence comme une acceptation libre du préjudice (*a*). Ici l'on parle seulement d'*error* et d'*imperitia*, sans distinguer si l'erreur était difficile ou facile à éviter, et ce dernier cas serait ordinairement le plus probable.

La comparution volontaire de deux parties devant un juge incompétent est regardée comme une prorogation de sa juridiction, et dès lors comme une déclaration tacite qu'elles veulent se soumettre à sa décision (*b*). Mais si, se trompant sur la compétence, les parties croyaient subir une nécessité, leur comparution ne saurait passer pour une déclaration tacite d'accepter la compétence du juge, et dès lors elle n'a plus pour effet de proroger la juridiction (*c*). Ici l'erreur est presque toujours une erreur de droit, puisqu'elle tombe sur les règles qui fixent les limites de la juridiction, soit à raison des lieux, soit à raison des personnes, et l'on voit que, comme je le disais plus haut, l'erreur de droit et l'erreur de fait sont placées sur la même ligne.

Quand un héritier institué administre les affaires de la succession, cette *pro herede gestio* constitue une adition d'hérédité tacite. Mais s'il a agi par erreur et croyant adminis-

(*a*) L. 19, 20, de aqua et aquæ pluv. (XXXIX, 3). Voici de ces textes dont j'ai parlé plus haut (num. VII) qui, par la généralité de leurs expressions, feraient croire que l'erreur exclut l'existence de la volonté même formellement exprimée. — Le motif évident de l'exception faite à l'exception est que si les travaux n'apportaient réellement aucun trouble au voisin, il n'aurait aucun droit de s'y opposer, et qu'ainsi son silence ne peut être regardé comme un consentement.

(*b*) L. 1, de judiciis (V, 1).

(*c*) L. 2, pr. de judiciis (V, 1); L. 15 de jurisd. (II, 1). Ces deux textes, comme ceux de la note *a*, semblent dire que l'erreur exclut toute déclaration de volonté. Ainsi, des six textes transcrits num. VII, il y en a précisément trois qui se rapportent uniquement à la nature propre de la déclaration tacite de volonté.

trer son propre bien, cet acte ne saurait être regardé comme l'expression de sa volonté (*d*).

Mais pour détruire la déclaration de volonté tacite, il ne suffit pas qu'il y ait erreur, il faut que l'erreur soit telle qu'on ne puisse conclure du fait à l'existence de la volonté. Si donc un héritier institué administre les affaires de la succession, la croyant avantageuse tandis qu'elle est insolvable, il y a réellement adition d'hérédité, car la volonté manifestée n'était pas douteuse.

XIII.

Jusqu'ici j'ai parlé des cas où les effets réguliers des actes juridiques se trouvent modifiés par l'erreur. Il y a des cas, au contraire, où un acte juridique nul en soi devient valable par suite d'une erreur qui couvre la nullité.

Quelquefois cela arrive au moment même de la passation de l'acte, qui alors se trouve valable dès l'origine. Le sénatus-consulte *Macedonianum* déclare nul tout prêt d'argent fait à une personne soumise à la puissance paternelle, sans distinguer si le créancier connaissait ou non la condition de son débiteur (*a*). L'interprétation des jurisconsultes ajouta cette distinction équitable, et l'on admit que l'exception cessait en cas d'erreur du créancier, pourvu que ce ne fût pas une erreur de droit ou une erreur de fait facile à éviter, c'est-à-dire, d'après les principes généraux sur la matière (*b*).

(*d*) L. 20, pr. de adqu. her. (XXIX, 2) : « ... Si quid non quasi heres « egit, sed quasi alio jure dominus .... » § 1, eod. « ... aut putavit sua. »

(*a*) L. 1, pr. de sc. Maced. (XIV, 6).

(*b*) L. 3, pr. de sc. Maced. (XIV, 6) : « Si quis patremfamilias esse cre« didit, *non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia*, sed quia pu« blice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic « muneribus fungebatur : cessabit senatus-consultum. » La L. 9, pr. h. t., dit indirectement la même chose au sujet de l'erreur de droit, quand elle relève les mineurs seulement qui par erreur de droit auraient prêté de l'argent à un filiusfamilias.

— Néanmoins, on permit aux mineurs d'invoquer aussi l'erreur de droit (*c*).

Nous trouvons une disposition toute semblable relativement au *Sc. Vellejanum*, qui défend aux femmes de se porter comme cautions. Le sénatus-consulte ne distingue pas si le cautionnement est donné par la femme elle-même ou par un tiers comme mandataire de la femme. Néanmoins si, dans ce dernier cas, le créancier ignore le mandat et croit que le fondé de pouvoir agit pour son propre compte, alors l'exception est repoussée par la *doli replicatio* (*d*).

Les esclaves ne pouvaient figurer comme témoins dans un testament. Cependant si, parmi les témoins, se trouvait un esclave qui passait généralement pour un homme libre, le testament n'en était pas moins valable (*e*).

On peut ranger dans la même classe de faits les avantages attachés à la possession de bonne foi ; car en l'absence d'une propriété véritable, la bonne foi implique nécessairement l'erreur (*f*).

XIV.

Des cas plus importants sont ceux où un acte juridique nul dans l'origine devient valable par la suite. On peut regarder cette modification comme le complément d'un acte juridique imparfait, et c'est l'erreur qui fournit ce complément. Un de ces cas était, dans l'ancien droit, la *erroris causæ probatio*. Quand un mariage était contracté entre personnes n'ayant pas le *connubium* réciproque, ce mariage était nul d'après le droit civil; les enfants ne suivaient pas

(*c*) L. 9, pr. h. t. (voy. note *b*); L. 11, § 7 de minor. (IV, 4).

(*d*) L. 6, ad sc. Vellej. (XVI, 1).

(*e*) § 7, J. de test. ord. (II, 10); L. 1, C. de test. (VI, 23).

(*f*) Par exemple, l'acquisition des fruits (§ 35, J. de rer. div., II, 1), et l'acquisition restreinte par l'intermédiaire du *servus bona fide possessus* (§ 4, J. per quas pers., II, 9).

la condition de leur père et ne tombaient pas sous la puissance paternelle. Mais si les époux croyaient leur mariage valide; si, attribuant par erreur à l'un d'eux une condition supérieure ou inférieure à sa condition véritable, ils croyaient qu'il y avait entre eux égalité de condition, on leur accordait une *causæ probatio*, c'est-à-dire, on leur permettait de prouver leur erreur. Alors l'époux d'une condition inférieure et les enfants nés du mariage étaient élevés à la condition supérieure de l'autre époux; par là ils acquéraient ordinairement le droit de cité, et les enfants tombaient sous la puissance paternelle (*a*). On ne dit pas si l'erreur devait être justifiée par des circonstances extraordinaires, ce qui serait conforme aux principes généraux, car chacun doit connaître sa propre condition (Num. III). Peut être on admettait une faveur exceptionnelle en considération des enfants; peut-être aussi la nécessité d'établir des circonstances extraordinaires est-elle impliquée par l'expression *causæ probatio*, et le silence des textes à cet égard est-il accidentel.

Une application beaucoup plus importante de ce rapport complémentaire et tout à fait conforme au droit moderne, est l'usucapion. Quand un acte de nature à transférer la propriété se trouve nul par un motif quelconque, l'acquéreur peut connaître ou ignorer cette nullité. Dans le premier cas, la nullité est irrévocable; dans le second, la propriété, qui d'abord n'existait pas, se trouve acquise par le temps de l'usucapion, si toutefois l'erreur présente les caractères voulus à cet effet. Ainsi donc, cette erreur non-seulement n'empêche pas l'acquisition de la propriété, mais en est une condition indispensable, et l'on peut dire que sans erreur il n'y a pas d'usucapion (*b*). — Je n'ai pas à développer

(*a*) Ulpian., VII, § 4; Gaius, lib. I, § 67, sq.

(*b*) Pour prévenir toute méprise sur le sens de cette règle deux observations sont ici nécessaires : 1° L'ancien droit reconnaissait deux applications

ici la théorie de l'usucapion; mais je dois déterminer exactement son rapport avec l'erreur, et l'on verra que les principes généraux exposés plus haut ont été appliqués dans toute leur pureté à l'usucapion et soigneusement développés.

XV.

D'après cela, l'erreur devra être premièrement une erreur de fait, secondement une erreur justifiée par les circonstances, c'est-à-dire difficile à éviter. Or, ces conditions forment les bases fondamentales de la théorie de l'usucapion. Avant d'établir ces deux points, il faut rechercher quels éléments de l'usucapion peuvent se trouver réellement en contact avec l'erreur. Pour l'usucapion, deux conditions positives sont exigées : la bonne foi et l'existence d'un titre. La première de ces conditions est un fait dont l'existence en soi est indépendante de sa cause. Ainsi, que l'erreur soit une erreur de droit ou une erreur de fait facile à éviter, la bonne foi n'en subsiste pas moins (*a*); mais pour l'usucapion, on n'admet que l'erreur qualifiée, et voilà ce qu'exprime la né-

très-différentes du principe de l'usucapion, qui transformaient en propriété parfaite le *in bonis* et la *b. f. possessio* entièrement distincte du *in bonis*. (Gaius. Lib. II, § 41-44). Notre règle concerne la seconde application et non la première; mais celle-ci ayant disparu du droit Justinien, la règle est devenue générale. — 2° La règle est vraie seulement là où l'usucapion agit d'une manière complète, c'est-à-dire enlève la propriété à quelqu'un et l'attribue à un autre. Mais souvent dans la pratique la chose se présente sous un aspect différent; l'usucapion ne fait que suppléer à la preuve d'une propriété véritable, et alors il n'y a aucune erreur. L'exposition détaillée de ce principe trouvera sa place ailleurs.

(*a*) Réciproquement on peut demander si la mauvaise foi qui repose sur une erreur empêche l'usucapion. Oui, s'il y a erreur de droit (L. 32, § 1, de usurp., XLI, 3); non, s'il y a erreur de fait. L. 25 de don. int. vir. (XXIV, 1), L. 3, pro don. (XLI, 6). *Cf.* le traité, § 116.

cessité du titre. En ce sens, on peut dire que la circonstance spécialement exigée est, non pas la *bona fides*, mais le titre (*b*). Quant à la relation de la *bona fides* avec le titre, j'ajoute que le titre non-seulement sanctionne la *bona fides*, mais l'établit comme fait, tant que l'adversaire ne prouve pas la mauvaise foi (*c*). Telle est, en matière d'usucapion, la raison péremptoire qui dispense le possesseur de prouver sa *bona fides*. Indépendamment de cette raison spéciale, il est de principe que quiconque accuse son adversaire de mauvaise foi, doit en fournir la preuve. Nous devons donc, pour plus d'exactitude, poser la *bona fides* comme condition négative, c'est-à-dire, l'absence de la mauvaise foi (*d*).

Voyons maintenant de quelle nature doit être le titre pour légitimer l'usucapion.

Le titre doit être un commencement de possession qui ne transfère pas la propriété; car il n'y aurait pas besoin d'usucapion complémentaire, mais qui semble la transférer, de telle sorte qu'un homme de sens et habitué aux affaires puisse croire que la propriété existait réellement. Que doit-il donc manquer à l'acquisition originaire de la propriété, qui puisse laisser place à une semblable erreur?

(*b*) On pourrait regarder cette distinction comme une vaine subtilité, car même, d'après mon exposé, le titre n'étant que la preuve de la *bona fides*, ces deux choses forment un tout inséparable. Mais cette distinction a son importance pour l'usucapion extraordinaire, où la possession de trente ans supplée à l'existence du titre (L. 8, § 1, C. de prescr., XXX, VII, 39). Ici, pour commencer la possession, la *bona fides* est la seule chose requise, et l'erreur de droit n'y fait point obstacle.

(*c*) L. 30, C. de eviet. (VIII, 45).

(*d*) Cela est tout à fait conforme au langage des sources du droit. L. 109 de V. S. (L. 12) : « Bonæ fidei emtor esse videtur, *qui ignoravit eam rem « alienam esse :* aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta « procuratorem, aut tutorem esse. » La L. 30, C. de eviet., citée note *c*, qui dispense le possesseur de la preuve de la *bona fides*, n'est pas non plus restreinte à l'usucapion.

D'abord, en matière de vente, et c'est le mode d'acquérir le plus ordinaire, il se peut que notre auteur ne fût pas propriétaire; c'est là le principal cas de l'usucapion, et l'on admet sans difficulté l'erreur; car, en principe, nous ne sommes pas tenus à un examen rigoureux des droits d'autrui. Néanmoins, s'il résultait des circonstances que l'erreur était facile à éviter, cette négligence empêcherait l'usucapion (*e*).

Quand le vice touche l'acte juridique lui-même, nécessaire pour transporter la propriété, l'erreur est moins facilement admise, car en général elle tombe sur un acte personnel à celui qui la commet. Néanmoins, si le vice est uniquement dans l'incapacité d'agir de celui qui aliène, l'erreur de celui qui acquiert est excusable comme tombant sur la condition d'un tiers : si, par exemple, le vendeur était mineur ou aliéné, et que l'acheteur le crût majeur ou sain d'esprit (*f*).

Il en est autrement lorsque les actes qui constituent le contrat demeurent imparfaits, ou que même on suppose par erreur l'existence d'un titre, ce qui s'appelle ordinairement titre putatif. A la vérité, les décisions des textes sur ce dernier cas ne semblent pas bien arrêtées; certains textes parais-

(*e*) Cette erreur est susceptible de deux formes différentes; on peut croire faussement que le vendeur est le propriétaire véritable ou que le propriétaire l'a autorisé à vendre, et ces deux cas sont prévus par la L. 109 de V. S. (note *c*). Dans ce dernier cas surtout, l'erreur est souvent facile à éviter; alors elle ne sera pas admise pour l'usucapion.

(*f*) L. 2, § 15, 16, pro emtore (XLI, 4). Il y a controverse sur la manière de poser le cas prévu par le § 15, pour ne pas la mettre en contradiction avec d'autres textes. Cf. Unterholzner Verjährungslehre (I, p. 128, 133). On doit naturellement supposer que l'erreur est justifiée par l'extérieur de la personne, autrement elle ne serait pas admissible pour l'usucapion. — Sur l'interdiction et sur une restriction du même genre applicable au *spatium deliberandi*, on trouve par argument a contrario une disposition indirecte dans les L. 12 de usurp. (XLI, 3), L. 7, § 5, pro emt. (XLI, 4). Il faut rapprocher de ce dernier texte la L. 26 de contr. emt. (XVIII, 1).

sent l'admettre (*g*), d'autres le rejeter absolument (*h*); mais il y a des textes qui concilient cette contradiction apparente d'une manière tout à fait conforme aux principes généraux sur l'erreur. Dans la règle, l'erreur sur l'existence d'un titre est inadmissible, car elle tombe en général sur un acte personnel; mais des circonstances extraordinaires peuvent la rendre excusable: si, par exemple, l'acquéreur avait chargé un mandataire de passer l'acte de vente, et s'il avait été trompé par ce dernier sur la passation réelle de l'acte (*i*).

XVI.

Je viens de dire de quelle nature devait être l'erreur de fait pour rendre possible l'usucapion; quant à l'erreur de droit, une distinction aussi rigoureuse n'est pas nécessaire, car en général on ne peut invoquer l'erreur de droit, tandis que pour l'erreur de fait c'est une question qui dépend des circonstances particulières de chaque espèce (num. III). Aussi voit-on dans plusieurs textes des sources, cette règle générale, que l'erreur sur l'existence du titre rend toujours l'usucapion impossible (*a*).

Néanmoins, cette règle n'est pas aussi absolue que semblerait l'indiquer la lettre de ces textes. Nous devons, au contraire, admettre ici les mêmes restrictions que pour l'erreur de droit en général (num. IV). Cela se trouve confirmé

(*g*) L. 3, L. 4, § 2, pro suo (XLI, 10).

(*h*) L. 27, de usurp. (XLI, 3), § 11. J. eod. (II, 6).

(*i*) L. 11, pro emtore (XLI, 4), L. 5, § 1 pro suo (XLI, 10), L. 4, pro legato (XLI, 8).

(*a*) L. 4, h. t., L. 31 pr., L. 32, § 1, de usurp. (XLI, 3), L. 2, § 15, pro emtore (XLI, 4). Cf. Unterholzner Verjährungslehre, § 117, p. 408. — Sur la L. 2, § 15, pro emtore, il y a une grande controverse, non pour savoir si l'erreur de droit doit être rejetée, mais au contraire si l'erreur de fait doit être admise. Voy. num. XV, note *f*.

par les exemples que donnent les textes cités (note *a*), et qui sont tous relatifs aux règles les plus simples du droit et les plus incontestables : ainsi, qu'un impubère ne peut rien aliéner sans son tuteur ; que l'*auctoritas* du tuteur doit intervenir immédiatement après la déclaration de volonté du pupille, c'est-à-dire, ni avant cette déclaration, ni longtemps après. Mais nous devons, par contre, admettre pour l'usucapion l'erreur de droit quand elle tombe sur des principes réellement controversés. Quelques cas empruntés à l'ancien droit romain rendront cette vérité sensible.

Les Sabiniens faisaient commencer la puberté au moment même où elle se montre chez chaque individu ; les Proculéiens, et d'après eux Justinien, à l'âge de quatorze ans (*b*). Si donc un Proculéien achetait une chose à un individu âgé de quatorze ans, mais encore impubère, il croyait acquérir immédiatement la propriété. Si, par la suite, un procès venait à s'élever sur la question de la propriété, le préteur devant qui était portée l'affaire, ou le jurisconsulte conseil du préteur, était un Proculéien ou un Sabinien : dans le premier cas, il attribuait la propriété à l'acheteur, en vertu de la tradition ou de la mancipation ; dans le second cas, il ne pouvait en être ainsi. Mais alors se présentait la question de savoir si l'acheteur pouvait du moins invoquer l'usucapion. Le préteur devait sans doute imputer à l'acheteur une erreur de droit, mais non pas une erreur conçue légèrement et facile à prévenir ; car les *diversæ scholæ auctores* passaient aussi pour de bons jurisconsultes. Je pense donc qu'en pareil cas, le préteur même sabinien aurait admis l'usucapion, d'après ce principe de Labéon, principe en dehors de toute controverse : « ut, *cui facile sit scire*, ei detrimento sit juris « ignorantia » (num. III, note *k*).

Voici des cas tout à fait semblables. Les Proculéiens dé-

(*b*) Ulpian. XI, § 28. Cf. le traité, § 109.

claraient nul le legs fait sous une condition impossible; les Sabiniens, et avec eux Justinien, le tenaient pour valable (c). Si, d'après la doctrine des Sabiniens, un légataire avait été pendant plusieurs années en possession d'un pareil legs, un préteur proculéien ne pouvait du moins lui refuser l'*usucapio pro legato*. — Une question autrefois controversée était celle de savoir si l'usufruit d'une esclave attribuait à l'usufruitier la propriété des enfants nés de cette esclave (d). Le préteur qui résolvait cette question négativement devait toujours accorder à l'usufruitier l'*usucapio pro suo*.

Si les Romains admettaient que l'erreur de droit n'empêche pas toujours l'usucapion, cette doctrine doit être appliquée au droit moderne, et même avec plus d'extension (num. IV) (e).

XVII.

L'erreur exerce une influence plus marquée sur les actes juridiques relatifs au droit de succession que sur les transactions entre-vifs.

Cela se voit d'abord par rapport aux dispositions du testateur dans les cas suivants : 1° Le testament est nul quand le testateur est dans l'erreur, ou même dans le doute sur son état personnel (a).

2° En principe, l'institution d'héritier est indépendante de la simple volonté (non manifestée régulièrement), et par là elle se distingue des legs dont je vais parler tout à l'heure.

(c) Gaius, Lib. III § 98.

(d) L. 68 pr., de usufructu (VII, 1). Cicero, de Finibus, I, 4.

(e) La doctrine que l'erreur de droit sur un point controversé n'empêche pas l'usucapion se trouve déjà dans d'anciens auteurs. Gilken de usucapionibus, P. 2, membr. 1, cap. 3, num. 2.

(a) L. 14, 15, qui test. (XXVIII, 1), Ulpian, XX, § 11.—Glück, v. XXII, p. 285.

Aussi, à la différence des legs, l'institution d'héritier ne peut être révoquée que par un acte régulier (*b*), et en général elle subsiste malgré une fausse cause (*c*). Cette dernière règle souffre néanmoins deux exceptions importantes.

A. L'institution d'héritier est nulle si elle a été faite dans la supposition erronée du décès d'un héritier ab intestat ou d'un héritier institué antérieurement (*d*).

B. Elle est nulle si elle a été faite dans la croyance erronée d'un lien de parenté existant entre le testateur et l'héritier. Si l'héritier est un enfant supposé du testateur, la succession est dévolue au fisc pour cause d'indignité (*e*); dans

(*b*) L. 22, de adimendis (XXXIV, 4). L. 36, § 3, de test. mil. (XXIX, 1).

(*c*) Cela résulte du principe contenu dans l'application précédente (note *b*); on y voit clairement la distinction établie entre l'institution d'héritier et le legs, et les cas suivants s'y rapportent comme exceptions. On trouve une objection très-spécieuse contre la règle ici posée dans la L. 4, § 10 de doli exc. : « Præterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere, *et ideo heres qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.* » Si l'on entend par ces derniers mots l'exclusion de la *hereditatis petitio*, j'ai posé une règle fausse; mais cette interprétation doit être rejetée, car la *doli exceptio*, vis-à-vis d'un tiers possesseur qui peut-être est sans aucun droit, n'aurait pas le moindre fondement. Notre texte se rapporte plutôt à une demande de l'héritier véritable, par exemple, contre un débiteur de la succession, et dont la libération était dans la volonté du testateur, mais ne résulte pas d'un legs valable selon le droit civil. Il s'agit donc ici d'un cas semblable à celui mentionné L. 6, § 1, de pecul. leg. (XXXIII, 8).

(*d*) L. 28, de inoff. (V, 2), L. 92, de her. inst. (XXVIII, 5). On maintenait les legs et autres dispositions accessoires d'un testament fondé sur une semblable erreur, et on regardait cela non comme une règle de droit ordinaire, mais comme un acte de haute équité. Aussi les deux textes cités observent que cette mesure secourable est due à l'empereur.

(*e*) L. 46 pr. de j. fisci (XLIX, 14), L. 4, C. de her. inst. (VI, 24) : « *auferendam* ei successionem. » Le motif de cette différence était de prévenir la supposition des enfants par la menace de la confiscation. — Si les textes cités étaient moins positifs, on pourrait croire, d'après la L. 1, § 11, de Carbon. ed. (XXXVII, 10), que l'institution d'héritier d'un enfant sup-

tous les autres cas, l'institution est réputée non écrite (*f*).

3° Si le testateur déshérite comme illégitime un enfant réellement légitime, l'exhérédation est nulle (*g*). Il en est de même de l'exhérédation générale prononcée contre un fils que le testateur croyait mort (*h*).

4° En principe, le legs n'est pas annulé par l'expression

posé, est tenue *pro non scripta*, ce qui exclurait le droit du fisc. Mais il faut regarder les expressions de cette loi comme inexactes, et chercher la règle véritable dans les textes cités plus haut. Peut-être aussi le droit du fisc a-t-il été introduit postérieurement à Ulpien qui est l'auteur de la L. 1, § cit. La L. 46 de j. fisci est d'Hermogénien.

(*f*) L. 7, C. de her. inst. (VI, 24). Voici l'espèce de cette loi qui a donné lieu à de nombreuses controverses : un *peregrinus* adopte comme frère un autre *peregrinus*. Tous deux ensuite deviennent citoyens romains et l'adoptant institue pour héritier ce frère putatif. Les empereurs déclarent nulle cette institution d'héritier, la parenté supposée n'existant pas, puisque même chez les peregrini nul ne peut être adopté comme frère. Dans l'interprétation de ce texte il faut évidemment admettre que plus tard ils ont obtenu le droit de cité, car si, comme le pensent plusieurs auteurs, la qualité de *peregrini* était la raison de la nullité, on n'eût pas manqué d'invoquer cet argument péremptoire, et l'erreur du testateur eût été une circonstance indifférente. — C'est sur le même principe que repose la L. 5, C. de testam. (VI, 23); et quand bien même ce texte se serait dans l'origine rapporté à un legs (« non *deberi* »), par son insertion au titre de testamentis il a pris un sens plus général, et nous n'avons aucune nécessité d'imiter les auteurs qui le regardent comme une *lex fugitiva* et nient son application à l'institution d'héritier. — On citerait vainement pour combattre mon opinion la L. 33 pr. de cond. (XXXV, 1), car cette loi parle de la *falsa demonstratio*, qui diffère essentiellement de la *falsa causa*.

(*g*) L. 14, § 2, L. 15 de lib. et posth. (XXVIII, 2).

(*h*) L. 25 pr. de lib. et posth. (XXVIII, 2). Un testateur avait dit : *Cæteri omnes filii filiæque meæ exheredes sunto;* mais ce testateur avait un fils vivant qu'il croyait mort. Paul dit que le fils a deux moyens pour attaquer le testament : 1° un vice de forme dans l'exhérédation qui aurait dû être faite *nominatim* (pr. J. de exher. II, 13); mais l'exhérédation ainsi conçue était réputée faite *nominatim ;* 2° l'erreur sur la mort : ce moyen est décisif, et il s'agit seulement d'établir devant les tribunaux que l'erreur a réellement existé.

d'un motif erroné, car le testateur peut avoir été déterminé par d'autres motifs véritables, mais non exprimés (*i*). Si néanmoins il résulte des circonstances que cette erreur est la cause déterminante du legs, on peut opposer au légataire une *doli exceptio* (*k*); c'est là une application particulière de cette règle générale, que le légataire qui résiste à la volonté bien connue du testateur, est repoussé par la *doli exceptio* (*l*); c'est pourquoi la révocation même irrégulière d'un legs suffit pour donner ouverture à l'exception (*m*). Ici donc nous trouvons entre l'institution d'héritier et le legs une différence importante méconnue par plusieurs auteurs (*n*).

5° Enfin, le legs de la chose d'autrui est nul, à moins que le testateur ne sût que la chose ne lui appartenait pas, et c'est au légataire à en fournir la preuve (*o*).

Quoique l'erreur ait ici plus d'influence que sur les contrats, on se tromperait beaucoup si, dépassant les limites des cas énumérés plus haut, on attribuait la même efficacité à toute espèce d'erreur. Si, par exemple, le testateur attribuait à son héritier des mérites ou des qualités que celui-ci n'aurait pas effectivement, cela n'autoriserait pas l'héritier ab intestat à attaquer le testament.

Il ne faut pas confondre avec les cas précédents un cas semblable en apparence, celui où le testateur nomme un héritier qu'il prend pour une autre personne. Ici ce n'est plus l'erreur qui modifie l'efficacité des actes juridiques; par rapport à l'héritier désigné nommément, il n'y a pas de volonté,

(*i*) L. 17, § 2, 3; L. 72, § 6, de cond. (XXXV, 1), § 31, J. de leg. (II, 20), L. 1-5 C. de falsa causa (VI, 44).

(*k*) L. 72, § 6, de cond. (XXXV, 1); L. 1 in f. C. de falsa causa (VI, 44).

(*l*) L. 4, § 10, de doli exc. (XLIV, 4). *Voy.* note *c*.

(*m*) L. 22, de adimendis (XXXIV, 4). L. 36, § 3, de test. mil. (XXIX, 1).

(*n*) Sur toute cette question il faut voir Ramos dans Meerman, V, 176, et Chesius, Jurispr. Rom. et Att., II, 723.

(*o*) § 4, J. de leg. (II, 20), L. 67, § 8, de leg., 2 (XXXI, un.).

et dès lors ce n'est plus là un cas d'erreur proprement dite (*p*).

XVIII.

Voici comment l'erreur exerce son influence sur les actes qui mènent à l'acquisition de la succession. Si l'héritier appelé se trompe sur la nature de la délation testamentaire, légale, etc., l'adition d'hérédité expresse ou tacite est nulle (*a*), aussi bien que la renonciation (*b*). Ici encore se retrouve la restriction ordinaire, qui exclut l'erreur de droit (*c*). — L'héritier qui a fait adition ne peut invoquer aucune autre espèce d'erreur, notamment celle si importante relative à la valeur de la succession. Dans un cas d'une erreur semblable, Hadrien, par des motifs de haute équité, accorda la restitution à l'héritier; Gordien fit de cette décision une règle générale en faveur des soldats; Justinien adopta une mesure qui rendit cette protection inutile : il ordonna que l'héritier qui ferait inventaire ne serait pas tenu d'acquitter les dettes au delà des forces de la succession. Ainsi, en général, la restitution disparaît comme inutile, et subsiste seulement en faveur des soldats qui négligent de faire inventaire (*d*). Dès lors elle ne s'applique plus, comme autrefois,

(*p*) *Voy.* plus haut, num. XXXIV, et le traité, § 135.—En pareil cas on écarte l'héritier que le testateur a nommé, parce qu'il ne l'a pas voulu, et celui qu'il a voulu, parce qu'il ne l'a pas nommé. L. 9 pr. de her. inst. (XXVIII, 5).

(*a*) La nullité de la *pro herede gestio* faite par erreur pourrait aussi se ramener au principe plus général de la déclaration tacite de volonté erronée (num. XII).

(*b*) L. 13, § 1; L. 14, 15, 16, 19, 22, 23, 32, 33, 34, de adquir. hered. (XXIX, 2).

(*c*) L. 2, C. h. t.

(*d*) Gaius, Lib. II, § 163, § 5, 6. J. de hered. qualit. (II, 19). J'ai présenté ici le véritable sens et l'enchaînement des dispositions des Institutes. C'est

à un acte imprudent, mais à une simple omission. Ce principe, que nulle autre espèce d'erreur ne peut être invoquée par l'héritier après son adition, se retrouve dans le cas spécial où le patron accepte la succession testamentaire de son affranchi, dans l'ignorance des aliénations faites par ce dernier. Le patron aurait intérêt à attaquer le testament; néanmoins, il ne peut revenir sur son acceptation (e).

Si les créanciers d'une succession demandent la séparation de patrimoine, et qu'elle leur soit désavantageuse, ils peuvent, en donnant une justification complète de leur erreur, obtenir la restitution (f).

En résumant toutes ces dispositions, on voit qu'il faut attribuer à l'erreur plus d'influence en matière de succession que sur les contrats entre-vifs. Mais ce n'est toujours là qu'un plus grand nombre de cas spéciaux, où l'erreur exerce une influence exceptionnelle, et nous retrouvons encore ici la confirmation de ce principe fondamental, que l'erreur en soi n'exclut pas la volonté libre, et en général n'en modifie pas les effets.

XIX.

Il y avait dans l'ancienne procédure romaine plusieurs actes qui, par leur forme seule, avaient des effets rigoureu-

donc à tort que plusieurs auteurs (par ex. Burchardi Wiedereinsetzung, p. 388) placent à côté du *beneficium inventarii* une restitution générale en faveur de l'héritier qui accepte imprudemment. Sans doute Justinien voulait, et il le dit lui-même, secourir les héritiers appelés d'une manière plus efficace que Hadrien et Gordien ne l'avaient fait, mais par un tout autre moyen que l'extension de la restitution. Selon l'esprit de la législation justinienne nous devons dire : L'héritier a fait inventaire, ou bien il a négligé cette précaution; dans le premier cas il n'a pas besoin de restitution; dans le second, il ne la mérite pas. A la vérité, le soldat ne souffre pas du défaut d'inventaire (num. XXXIII).

(e) L. 3 pr. si quid in fraud. patr. (XXXVIII, 5).

(f) L. 1, § 17, de separat. (XLII, 6).

sement déterminés, et qui dès lors pouvaient causer un grave préjudice à celui qui les aurait faits imprudemment; il trouvait contre ce préjudice une garantie dans les principes généraux sur l'erreur, c'est-à-dire qu'il fallait d'abord prouver l'erreur, ensuite qu'elle ne fût pas une erreur de droit ou une erreur de fait facile à éviter. Cette garantie consistait non pas dans une action spéciale, ce qui eût encore entravé et compliqué la procédure, mais dans une restitution; et comme les parties se trouvaient déjà devant le préteur, cette forme était certainement la plus convenable. Voici les différents cas de ce genre tels que nous les donnent les sources du droit :

1° Celui qui introduisait une demande judiciaire épuisait son action alors même qu'il l'aurait dirigée contre une autre personne que son adversaire véritable. Cela se voyait notamment dans les demandes formées contre un pupille auquel un *falsus tutor* aurait donné l'*auctoritas;* alors le préteur accordait la restitution (*a*). — De même, quand l'on réclamait en totalité une dette de la succession à un des cohéritiers qui se donnait faussement comme seul héritier, celui-ci était tenu d'acquitter toute la dette, et le créancier n'avait plus de recours contre les cohéritiers. Mais si l'héritier assigné à tort en payement de toute la dette se trouvait insolvable, le préteur accordait une restitution contre les autres héritiers (*b*).

2° Celui qui réclamait au delà de sa créance perdait la totalité de son droit (*plus petendo*); mais s'il établissait une erreur, et une erreur justifiée par les circonstances, il pouvait se faire restituer (*c*).

(*a*) L. 1, § 6; L. 2-6, quod falso (XXVII, 6). Cf. Keller, Litiscontestation, § 63. Burchardi Wiedereinsetzung, § 21.

(*b*) L. 18, de interrog. (XI, 1).

(*c*) § 33 J. de act. (IV, 6). Gaius, Lib. IV, § 53. Cf. Burchardi Wiede-

3° La partie qui, ayant le droit de demander caution dans une procédure, acceptait en cette qualité un individu plus tard reconnu comme esclave, et dès lors incapable de devenir caution, pouvait se faire restituer contre ce préjudice (*d*).

4° Celui qui faisait une déclaration devant le préteur, soit spontanément (*confessio*) (*e*), soit en réponse à son adversaire (*responsio*), était par là même obligé. Mais si plus tard il prouvait qu'il s'était trompé, ou si l'erreur ressortait évidemment de certains faits incompatibles avec la déclaration (*f*), il pouvait se faire restituer contre l'obligation ainsi contractée. Ici l'on dit expressément que l'erreur ne doit pas être une erreur de droit (*g*), ni une erreur de fait occasionnée par une excessive négligence (*h*).

La plupart de ces décisions, déjà inapplicables au droit justinien, le sont encore bien plus au droit moderne. La dernière, néanmoins, relative à l'aveu judiciaire, est encore applicable aujourd'hui, malgré le changement apporté dans la forme au principe qui lui sert de base (*i*).

reinsetzung, p. 387. — La restitution accordée au défendeur dans un cas semblable (Gaius, Lib. IV, § 57) n'était pas fondée sur une erreur.

(*d*) L. 8, § 2, qui satisdare (II, 8). La première partie du texte suppose une erreur de fait et admet la restitution d'une manière générale; la seconde partie, qui accorde spécialement la restitution aux mineurs et aux femmes, doit s'entendre du cas où il y a erreur de droit, c'est-à-dire que la partie savait traiter avec un esclave, mais le croyait capable. Cf. Mühlenbruch, p. 390.

(*e*) L. 2 de confessis (XLII, 2); L. 11, § 8, 10, 11, de interrog. (XI, 1).

(*f*) L. 13 pr. de interrog. (XI, 1); L. 23, § 11; L. 24; L. 25 pr. ad L. Aquil. (IX, 2); L. 8, de confessis (XLII, 2).

(*g*) L. 2 de confessis (XLII, 2). Cette règle se rattache au principe fondamental de la *condictio indebiti*, qui n'admet pas non plus la répétition pour cause d'une erreur de droit (num. XXXV, sq.), car celui qui avoue comme celui qui paye, ne le fait pas de son plein gré, mais uniquement pour remplir une obligation.

(*h*) L. 11, § 11, de interrog. (XI, 1).

(*i*) Une restitution plus importante encore est celle contre un jugement

J'ai cité à dessein des exemples empruntés à l'ancien droit. Le point de vue sous lequel l'erreur est envisagée dans la procédure moderne, est un point de vue tout spécial à cette procédure et en dehors de la théorie générale de l'erreur (*k*).

XX.

Relativement aux délits (*a*), la théorie de l'erreur présente les particularités suivantes :

Il y a des délits qu'un acte extérieur suffit pour constituer, et où la liberté de l'agent, quoique toujours indispensable, nous apparaît comme secondaire. Alors le *dolus* et la *culpa* sont également punissables. Tel est le meurtre, bien qu'avec plusieurs gradations de peine, et l'*actio legis Aquiliæ*, où même la fixation de la peine ne dépend pas de la distinction entre le *dolus* et la *culpa*. — Il y a aussi des délits où, à l'acte extérieur, doit se joindre la volonté coupable, la conscience de la violation du droit, et où, en l'absence de cette volonté, le délit n'existe pas. Alors il n'y a pas lieu de distinguer si l'erreur qui exclut le *dolus* est ou non justifiée par les circonstances, et si c'est une erreur de fait ou de

régulièrement rendu. Cf. Burchardi Wiedereinsetzung, p. 185. Mais elle n'appartient pas à la doctrine de l'erreur, car l'erreur de la partie figure d'une manière secondaire et indirecte parmi les causes du jugement.

(*k*) Ainsi, par exemple, la manière d'envisager l'erreur d'un avocat tient à la position particulière des avocats auprès du tribunal dont il s'agit.

(*a*) J'emploie pour abréger cette expression, et je l'applique à la fois au délit public (crimen) et au délit privé, c'est-à-dire, à cette violation du droit dont l'effet spécial est d'engendrer en droit privé une actio quæ *pœnæ causa* datur, soit que cette action ait pour objet une peine telle que la *furti actio*, ou simplement une indemnité telle que la *doli actio*, ou l'une et l'autre ensemble telle que l'*actio vi bonorum raptorum*. J'ai dû réunir ces deux cas, parce que dans l'un et dans l'autre la manière d'envisager l'erreur est absolument la même.

droit, car le *dolus* est un fait incompatible avec toute espèce d'erreur.

Nous devons néanmoins établir la distinction suivante : lorsque l'agent connaît la loi pénale, et par une erreur de droit se trompe sur la culpabilité de son acte, le principe trouve son application, mais non lorsque l'erreur tombe sur l'existence même de la loi; car chacun étant tenu de connaître la loi et réputé la connaître, cette espèce d'ignorance n'exclut ni le *dolus*, ni la culpabilité. Certaines classes de personnes privilégiées sont exemptes de cette rigueur, et peuvent, en général, invoquer l'ignorance du droit : ce sont les mineurs, les femmes, les paysans (*rusticitas*) et les soldats; mais ce privilége ne vaut que pour les lois pénales d'une nature plus positive (*juris civilis*), non pour celles qui se révèlent naturellement à la conscience de l'homme (*juris gentium*) (*b*). L'expression *juris ignorantia* présente un double sens, car elle peut se rapporter aussi bien à la culpabilité de l'acte qu'à l'ignorance de la loi pénale. Prise dans le premier sens, la *juris ignorantia* exclut absolument le *dolus*; prise dans le second sens, elle ne s'étend pas au delà des limites indiquées plus haut. Cette double acception de *juris ignorantia* sert à concilier plusieurs contradictions apparentes des textes (*c*).

(*b*) Cette distinction est clairement exprimée dans les L. 38, § 2, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5); L. 2 C. de in jus voc. (II, 2). Je ferai usage de ces textes (num. XI) quand je parlerai des divers délits.

(*c*) Coll. LL. Mos. et Rom. I, § 12 (de Modestin) : « Nonnunquam per « ignorantiam delinquentibus juris civilis venia tribui solet, *si modo rem « facti quis non juris ignoret* : quæ scilicet consilio delinquentibus præstari « non solet. Propter quod necessarium est, addita distinctione considerare, « utrum sciente an ignorante aliquo quid gestum proponatur. » La *juris ignorantia*, qui jamais ne peut servir d'excuse, est évidemment ici l'ignorance des lois pénales. C'est dans ce seul but que Modestin cite la règle, sans parler des exceptions personnelles que pour cela il ne conteste pas. Le *nonnunquam* veut dire que l'impunité accordée à l'erreur de fait ne

Ces principes ne se trouvent nulle part dans les sources sous cette forme générale, mais ils résultent de diverses applications particulières d'une manière si claire et si précise, que nous sommes autorisé à les étendre aux cas pour lesquels il n'existe pas de décisions aussi complètes et aussi formelles.

XXI.

Pour constituer un vol, il faut une volonté injuste, et spécialement l'intention de s'enrichir. Ainsi, celui qui s'empare de la chose d'autrui, croyant à tort qu'elle lui appartient, ne commet pas un vol, et la chose ne devient pas une *res furtiva*, alors même qu'il s'agirait d'une erreur de droit : si, par exemple, l'usufruitier d'une esclave croit avoir la propriété des enfants nés de cette esclave (*a*). Le vol étant défendu par le *jus gentium*, les personnes privilégiées elles-mêmes ne pouvaient, en pareil cas, invoquer l'ignorance de la loi pénale (num. XX).

Ainsi encore, celui qui, ignorant la défense de se faire justice soi-même, s'empare violemment d'une chose qu'il croit lui appartenir, n'est pas soumis à l'*actio vi bonorum raptorum*, car cette action est dirigée contre ceux qui ravissent sciemment la chose d'autrui. Pour ôter cette excuse, les empereurs portèrent des peines sévères contre ceux qui se faisaient eux-mêmes justice (*b*). Ici, comme pour l'*actio vi bonorum raptorum*, on suppose que l'ignorance de la loi n'exempte pas de la peine. Aussi, ces deux dispositions pénales n'étaient pas d'une nature rigoureusement positive;

peut être invoquée pour tous les délits, mais seulement pour les délits frauduleux.

(*a*) § 5 J. de usuc. (II, 5); L. 36, § 1; L. 37 pr. de usurp. (XLI, 3).

(*b*) § 1 J. de vi bon. rapt. (IV, 2).

elles répondaient à un sentiment de justice inné dans le cœur de l'homme.

Il n'y a naturellement pas d'inceste si l'on ignore l'existence de la parenté (c); mais l'erreur de droit, c'est-à-dire l'ignorance de la prohibition du mariage, ne peut être invoquée qu'exceptionnellement : 1° par les femmes, pourvu que l'inceste soit *juris civilis* et *non juris gentium*, et que dès lors il soit commis entre collatéraux, non pas entre ascendants et descendants (d); 2° par les hommes encore mineurs, et avec les mêmes restrictions que pour les femmes (e).

Le *Sc. Turpillianum* prononce une peine contre ceux qui, ayant porté une dénonciation, y renonceraient sans l'autorisation du magistrat. Cette loi pénale est toute positive; aussi les femmes et les mineurs peuvent, pour y échapper, invoquer l'erreur de droit (f).

Celui qui endommageait frauduleusement les édits des

(c) L. 4 C. de incestis (V, 5).

(d) L. 38 pr., § 2, 4, 7 ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5); rapprochée de la L. 68, de ritu nup. (XXIII, 2).

(e) L. 38, § 4, 7, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5); L. 4 C. de incestis (V, 5). — Littéralement il n'est pas ici parlé de l'*incestus juris civilis*, mais nous pouvons suppléer cette restriction, vu l'assimilation complète des mineurs aux femmes. Peut-être cette restriction n'a-t-elle pas été exprimée à cause de la rareté de l'*incestus juris gentium* entre mineurs. En effet, la mère incestueuse ne peut être que majeure, et un père encore mineur ne peut avoir une fille en âge de commettre un inceste. — Dans la L. 38, § 4 cit., on doit lire *Claudio* au lieu de *Claudiæ*, car il s'agit évidemment d'un homme, comme le prouve l'opposition qui suit immédiatement.

(f) L. 1, § 10; L. 4 pr. ad sc. Turpill. (XLVIII, 16). Le § 10 mentionne deux cas où les femmes ne sont pas punissables : l'un, quand leur plainte est nulle comme faite sans intérêt personnel; l'autre, à la fin du texte, est beaucoup plus général, et les femmes y sont assimilées aux mineurs. La première mention plus restreinte, mais beaucoup plus précise, se rapporte à une réponse de Papinien, qui se trouve transcrite L. 4 pr. eod. Ainsi dans ce dernier texte il faut lire au lieu de « injuriæ propriæ, » « injuriæ *non* propriæ; » remarque déjà faite par Cujas.

magistrats était puni d'une amende de 500 *aurei* (*g*). Cette prescription, vu l'élévation de la peine, pouvait passer pour positive; aussi, l'on donnait au *dolus* plus d'extension que dans les autres cas, et le coupable pouvait échapper à la peine en invoquant son ignorance du droit en général ou son manque absolu d'éducation (*h*). Lorsqu'un citoyen mourait assassiné, il était defendu, sous peine de 100 *aurei* d'amende, d'ouvrir son testament avant que ses esclaves eussent été soumis à la torture, afin de pouvoir appliquer la torture aux esclaves qui pourraient avoir été affranchis par le testament (*i*). Le *dolus* était la condition de l'amende, et, vu la nature positive de cette loi, etait admis avec les mêmes restrictions que dans le cas précédent (*k*).

Celui qui, par ignorance du droit, viole des lois de douanes, n'échappe nullement à la peine, car ces lois punissent le fait matériel, et non le *dolus* (*l*). Néanmoins, s'il s'agit d'un mineur, pour lui infliger la peine, il faut que le *dolus* soit prouvé (*m*).

Celui qui ne se rend pas à une *in juris vocatio*, est con-

(*g*) L. 7 pr. de jurisd. (II, 1).

(*h*) L. 7, § 4, de jurisd. (II, 1) « ... si per imperitiam vel rusticitatem, « aliquis fecerit, non tenetur. » *Imperitia* désigne l'ignorance du droit et l'inexpérience des affaires, ce qui peut très-bien se concilier avec un autre genre de culture intellectuelle, et par analogie d'autres textes s'applique aux femmes, aux mineurs et encore aux soldats. *Rusticitas* exprime la grossièreté et le défaut d'éducation qui se rencontrent souvent dans les basses classes de la société.

(*i*) L. 25, § 2, de sc. Silan. (XXIX, 5).

(*k*) L. 3, § 22, de sc. Silan. (XXIX, 5) : « Et si sciens, non tamen dolo « aperuit, neque non tenebitur : si forte per imperitiam, vel per rusticita- « tem, *ignarus edicti prætoris vel Scti*, aperuit. »

(*l*) L 16, § 5, de publicanis (XXXIX, 4).

(*m*) L. 9, § 5, de minor. (IV, 4); et cela ne constitue pas une exception, car le *dolus* une fois prouvé, l'ignorance du droit ne peut plus être alléguée.

damné à une amende arbitraire, sauf le cas d'un manque absolu d'éducation (*n*).

Il est défendu, sous des peines très-sévères, à celui qui écrit un testament sous la dictée du testateur, d'écrire lui-même le legs qui le concerne. Ici l'erreur de droit est plus difficilement admise que dans les autres cas (*o*); néanmoins, les soldats sont exempts de ces peines (*p*), et pour les femmes on admet les excuses tirées des circonstances particulières (*q*).

Celui qui épouse une veuve pendant l'année de deuil est infâme, et il ne peut invoquer que l'ignorance du fait et non l'erreur de droit (*r*).

On punit l'affranchi qui se permet d'adresser à son patron une *in jus vocatio*. Ici le manque absolu d'éducation n'est pas admis comme excuse, car un sentiment naturel de respect aurait dû retenir l'affranchi (*s*).

Une loi pénale défend au tuteur d'épouser son ancienne pupille ou de la donner en mariage à son fils, et l'on n'admet comme excuse ni l'*imperitia* ni la *rusticitas* (*t*).

La femme qui néglige de faire nommer un tuteur à son enfant, est punie, sauf le cas où elle serait mineure; mais elle ne peut invoquer l'ignorance du droit ordinaire à son

(*n*) L. 2, § 1, si quis in jus voc. (II, 5).

(*o*) L. 15, pr. ad L. Corn. de falsis (XLVIII, 10).

(*p*) L. 5, C. de his qui sibi adscrib. (IX, 23). Malgré la remise de la peine, le legs n'en est pas moins nul.

(*q*) L. 15, § 5, ad L. Corn. de falsis (XLVIII, 10).

(*r*) L. 11, L. 1, § 4, de his qui not. (III, 2). Ces textes ne parlent que de l'homme; la femme n'était certainement pas exempte de la peine, car cette défense n'était rien moins que de droit positif, et les femmes surtout devaient en comprendre l'objet.

(*s*) L. 2, C. de in jus voc. (II, 2). « Nec in ea re rusticitati venia præbeatur, cum naturali ratione honor hujusmodi personis debeatur. »

(*t*) L. 1, C. de interdicto matrim. (V, 6).

sexe, sans doute parce que la nature enseigne à une mère la plus grande vigilance pour ses enfants (*u*).

Le sénateur qui épousait une affranchie était puni, s'il l'avait fait *sciens dolo malo* (*v*). Il ne pouvait naturellement pas invoquer l'ignorance de la loi, mais bien l'erreur sur la condition de la femme, si toutefois cette erreur était difficile à éviter, et par conséquent excusable (*w*).

XXII.

Jusqu'ici j'ai parlé de la relation de l'erreur au *dolus*, en ce qui touche les délits. Nous trouvons une relation semblable dans certaines institutions où le *dolus*, sans constituer un délit, sert à modifier d'autres rapports de droit. Cette similitude m'engage à parler ici de ces institutions.

En matière de *hereditatis petitio* et de *rei vindicatio*, la demande supposée fondée, il faut bien distinguer si le défendeur est *possessor bonæ fidei* ou *malæ fidei*, et parmi les possesseurs de mauvaise foi est compris le *prædo*, c'est-à-dire celui qui n'a aucun titre pour colorer sa possession. La bonne foi peut résulter ou d'une erreur de fait sur la condition antérieure de la chose, ou d'une erreur de droit. Si nous appliquons à ce dernier cas les principes posés pour les délits (num. XXI), nous aurons les résultats suivants, qui sont incontestables. Nul ne peut alléguer qu'il ignorait les règles du droit sur la possession de mauvaise foi, et les suites qu'elle entraîne. Mais si le possesseur, ignorant les règles relatives à

(*u*) L. 2, C. si adv. del. (II, 35). Cf. L. 8, C. qui pet. (V, 31).

(*v*) L. 44, pr. de ritu nupt. (XXIII, 2).

(*w*) L. 6, h. t. L'inscription de ce texte montre qu'il se rapporte à la prohibition de mariage entre un sénateur et une affranchie. Heineccius, ad L. Jul., p. 442. Il faut en dire autant de la L. 5, h. t., dont voici le sens : Pour apprécier la culpabilité du sénateur, on a égard à son ignorance, mais non pas à celle de la femme. Cf. Num. I, note *b*.

l'acquisition de la propriété, se croyait à tort propriétaire, il n'en est pas moins possesseur de bonne foi, car cela est un fait que ne saurait changer l'erreur de droit, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause. Voici un texte qui établit nettement cette décision si importante dans la pratique :

L. 25, § 6, de hered. petit. (V, 3) : « Scire ad se non pertinere, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an « et is, qui in jure erravit? putavit enim recte factum testa- « mentum, cum inutile erat : vel, cum eum alius præcederet « adgnatus, sibi potius deferri. Et non puto hunc esse præ- « donem, *qui dolo caret, quamvis in jure erret.* »

Il faut bien remarquer que les règles prises ici comme exemples ne sont ni compliquées ni controversées, mais simples et certaines ; ce sont les formes bien connues des testaments et l'ordre d'après lequel les agnats sont appelés à la succession ab intestat. Néanmoins, celui qui se trompe sur ces règles est tenu incontestablement pour possesseur de bonne foi. — Ici se montre dans tout son jour l'inutilité du principe réfuté plus haut (num. VIII), d'après lequel l'erreur de droit servirait à écarter un dommage et non à procurer un bénéfice. Relativement à la *hereditatis petitio* et à la *rei vindicatio*, la possession de bonne foi a deux effets. Elle écarte un dommage, car le possesseur de mauvaise foi est tenu de rendre la valeur des fruits non perçus par lui, et des choses données ou dissipées (*a*) ; elle procure un bénéfice, car le possesseur de bonne foi profite de la valeur des fruits qu'il a consommés ou vendus, tandis que le possesseur de mauvaise foi doit restituer cette valeur (*b*). Or, comme, d'après le texte cité plus haut, l'erreur de droit n'exclut nullement la possession de bonne foi, l'erreur de droit sert aussi bien à écarter un dommage qu'à procurer un bénéfice.

(*a*) L. 25, § 2, 4, 11, 15, de hered. petit. (V, 3).
(*b*) § 35, J. de rer. div. (II, 1). § 2, J. de off. jud. (IV, 17).

XXIII.

Une question semblable et peut-être plus importante encore s'élève sur la relation de l'erreur à la prescription. Cette relation est de deux espèces : l'une affecte le demandeur; j'en parlerai tout à l'heure (num. XXV) en traitant des omissions; l'autre affecte le défendeur, et je vais l'examiner ici, car elle se rattache à un quasi-délit du défendeur.

Le droit romain envisage en général la prescription comme une simple négligence du véritable ayant-droit, sans s'occuper de celui qui prescrit. Seulement, pour la *longi temporis præscriptio*, on exigeait les mêmes conditions que pour l'usucapion, la possession de bonne foi et l'existence d'un titre. Nous devons donc ici appliquer à l'erreur, et surtout à l'erreur de droit, les règles établies plus haut sur l'erreur en matière d'usucapion (num. XV, XVI).

Mais le droit canon a établi, par rapport à la prescription, deux restrictions nouvelles et importantes : il faut, pour prescrire, que la *bona fides* existe et qu'elle existe pendant toute la durée de la prescription (*a*), tandis que le droit romain, dans les cas mêmes où il exigeait la *bona fides* (pour l'usucapion et la *l. t. præscriptio*), ne l'exigeait qu'au commencement de la possession. Quant à la première de ces règles, il faut admettre que le droit canon, abandonnant la phraséologie romaine, entend par *præscriptio* toute espèce

(*a*) C. 5 et C. 20, X, de præscript. (II, 26.) — Le passage emprunté à Augustin, c. 5, C. 34, q. 1, dit seulement que celui qui a commencé à posséder de bonne foi, si plus tard il connaît les droits d'un tiers, devient *injustus* ou *m. f. possessor*. Cela est également vrai en droit romain, mais n'entraîne pas l'interruption de la prescription. Gratien lui-même reproduit le pur droit romain (Additio ad c. 15, C. 16, *q*, 3). Ainsi donc, on doit rapporter l'origine du nouveau principe aux décrétales citées d'Alexandre III et Innocent III

de modification du droit opérée par le temps, l'usucapion et la prescription, et indépendamment de la *longi temporis præscriptio*, la prescription de trente ans, la plus importante de toutes; cette dernière, néanmoins, non dans tous les cas, mais d'après une saine interprétation, là où elle est invoquée par le défendeur pour couvrir sa possession (*b*). Ainsi donc, la mauvaise foi empêche la prescription, non-seulement dans le cas de la *rei vindicatio* et de l'*hereditatis petitio*, mais dans le cas de l'*actio commodati*, *depositi*, *locati*, tendant à la restitution de la chose confiée, parce que le demandeur attaque uniquement une possession injuste; mais la mauvaise foi n'empêche pas la prescription des actions ordinaires qui dérivent des contrats ou des délits, la prescription de l'*actio emti* ou de la demande en exécution d'un échange.

Les limites de la nouvelle règle ainsi posées, nous avons à examiner si, à l'égard du défendeur, la possession de bonne foi, et partant le droit de prescrire, est incompatible avec l'erreur de droit. Chose singulière, les auteurs modernes ne traitent jamais cette question, qui autrefois était vivement controversée.

D'après les principes établis plus haut, l'erreur de droit n'exclut pas la prescription; car la bonne foi, la seule chose exigée par le droit canon, est un fait qui subsiste indépendamment de sa cause. Si la lettre du droit canon n'exclut pas la prescription fondée sur une erreur de droit, son esprit ne l'exclut pas davantage. Le motif de cette loi est qu'il faut avant tout éviter le péché (Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est); or, nul ne prétendra que toute erreur de droit constitue nécessairement un péché. Enfin, on peut invoquer, à l'appui de cette doctrine, l'analogie évidente de la L. 25, § 6, de hered. petit. (num. XXII); car si, en cas de

(*b*) Unterholzner, Verjährungslehre, § 92.

condamnation, l'erreur de droit n'ôte pas au défendeur le bénéfice de la possession de bonne foi, pourquoi lui ôterait-elle le bénéfice de la prescription? On a fait valoir à l'appui de l'opinion contraire les raisons suivantes :

1° La prescription procure un bénéfice au demandeur, et l'erreur de droit ne saurait jamais avoir un tel effet. — J'ai déjà réfuté ce principe en lui-même (num. VIII). Mais indépendamment de sa valeur historique, on voit ici combien il est peu susceptible d'être appliqué sûrement. En effet, la question de savoir si, au moyen de la prescription, le défendeur réalise un bénéfice ou évite un dommage, demeure le plus souvent indécise. Il réalise un bénéfice s'il échappe à une réclamation fondée; il évite un dommage, si la prescription ne fait que suppléer à la preuve d'un droit réellement existant. Or, c'est un point qui reste ordinairement indécis, et trancher cette difficulté est un des grands avantages du principe de la prescription.

2° L'analogie de l'usucapion empêche l'erreur de droit; mais en matière d'usucapion, l'empêchement qui résulte de l'erreur de droit se rapporte à l'existence du titre, non à la *bona fides* (num. XV), et pour la prescription, en général, on n'exige pas de titre.

La plupart des anciens auteurs ont adopté la doctrine que j'ai essayé d'établir (*c*). Les auteurs modernes ont traité trop rarement cette question pour former une opinion générale (*d*).

Il y a néanmoins dans la doctrine que je combats un élé-

(*c*) Gilken, de usucapione, P. 2, membr. 1, cap. 3, num. 8, sq., traite cette question avec profondeur. Il se déclare pour l'opinion adoptée ici, qui, d'après le nombre des auteurs par lui cités, doit être regardée comme une *communis opinio*.

(*d*) Rave, de præscriptione, § 56, se déclare pour mon opinion, qui est combattue par Lüder Mencken, An requiratur b. f. in præscript. actionum personalium. Lips., 1692, Thes. 4.

ment de vérité que nous devons reconnaître. La question de la mauvaise foi, comme fait, est abandonnée à l'appréciation du magistrat. Si le défendeur, d'après les preuves acquises au procès ou même d'après son aveu, connaissait toutes les circonstances de fait, et si, pour établir sa bonne foi, il invoque uniquement une erreur de droit, cette erreur ne se présume pas, et il doit en fournir la preuve (*voyez* num. III). Cette question est abandonnée à la prudence du juge, qui devra aussi prendre en considération la personne du défendeur (*e*). Sous ce rapport on peut dire que le possesseur est quelquefois dans une position moins favorable pour la prescription que pour l'usucapion; mais ce désavantage n'est qu'apparent. La différence consiste en ce que, dans le cas de l'usucapion, le possesseur a toujours pour lui un titre qui établit sa bonne foi, sauf la preuve contraire (num. XV), et n'étant jamais réduit à invoquer l'erreur de droit, il ne se trouve pas placé dans une position suspecte, et partant défavorable.

Tout ce que j'ai dit sur l'erreur, par rapport à la prescription, s'applique à la prescription extraordinaire ou de trente ans; car celle-ci n'a d'autre base que la simple prescription jointe à la possession de bonne foi (*f*). Or, comme le droit canon exige déjà la bonne foi pour la simple prescription, les conditions de fait pour la simple prescription et pour la prescription de trente ans sont identiques, et ce que j'ai dit de la première s'applique nécessairement à la seconde.

XXIV.

Il me reste à parler des suites de l'erreur par rapport aux simples omissions. Je dois d'abord reproduire le principe

(*e*) Gilken, l. c., num. 19.

(*f*) L. 8, § 1, de præscr. XXX (VII, 39).

général qui, ici plus qu'ailleurs, a été souvent méconnu. En principe, l'erreur ne protége contre le préjudice résultant d'une omission, ni directement ni par voie de restitution, mais seulement dans certains cas spéciaux et exceptionnels, et même dans ces cas on n'admet pas l'erreur occasionnée par une grande négligence, c'est-à-dire, qu'en général on n'admet pas l'erreur de droit. Voici les différents cas où l'erreur nous apparaît comme cause d'une omission :

I. La *Bonorum Possessio* doit être acceptée dans un délai d'une année ou de cent jours, sous peine de déchéance; mais si l'appelé laisse par ignorance passer le délai, que faut-il décider? Comme nous ne connaissons pas les termes de l'édit, nous devons nous reporter à une autre institution de l'ancien droit romain. Il était d'usage d'instituer les héritiers *cum cretione*, et souvent on employait cette formule : « Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, « *quibus scieris, poterisque* (a). » L'édit sur la *Bonorum Possessio* renfermait sans doute ces expressions ou d'autres équivalentes, de sorte que le délai commençait seulement à courir du moment où l'appelé connaissait la mort et son titre de possession, le testament, la parenté, etc. (a[1]). Si l'omission résultait d'une erreur de fait, l'appelé se trouvait protégé par la lettre même de la règle, et ainsi n'avait pas besoin d'une protection artificielle (num. II). Mais cette protection, ré-

(a) Cela s'appelait *cretio vulgaris*. Ulpian., XXII, § 27, 31, 32; Gaius, lib. 2, § 165, 171-173. Des conditions de ce genre, l'adition dans un temps déterminé, peuvent aussi, d'après le nouveau droit, se présenter dans un testament (L. 72, de adqu. her. XXIX, 2). La question de savoir si le délai court du jour de la mort ou du jour que l'héritier a connu la condition, est une question de fait qui rentre dans l'interprétation du testament. Le texte original de la L. 86, de adqu. her. (XXIX, 2), se rapportait sans doute au cas d'une *cretio vulgaris*, et ce texte a été interpolé par la substitution de *aditionis* à *cretionis*.

(a[1]) L. 2, pr. quis ordo (XXXVIII, 15). « .... ut per singulos dies *et scierit et potuerit* admittere. »

servée pour l'erreur de fait, ne s'étendait pas à l'erreur de droit (*b*). La vérité de ce principe se montre dans les deux applications dont il est susceptible. Ainsi l'appelé qui laisse passer le délai perd la succession, soit qu'il ait ignoré l'existence ou la longueur du délai, soit que connaissant sa parenté il se soit trompé sur l'ordre des successions; par exemple, si un agnat éloigné du défunt se croit exclu par un cognat plus proche.

Il y a deux exceptions à cette règle, en faveur de la *rusticitas* et de la minorité; si donc l'ignorance de l'appelé tient à un manque absolu d'éducation, son omission ne lui nuit pas, c'est-à-dire, qu'il peut se faire restituer (*c*). Les mineurs peuvent aussi se faire restituer contre une semblable omission (*d*), par conséquent malgré l'erreur de droit qui, en général, ne leur est pas imputable (num. XXX).

II. Relativement à l'ancien *spatium deliberandi* il n'y avait pas besoin d'une protection particulière pour le cas de l'erreur, car en général on n'accordait ce délai que sur la demande de l'héritier appelé, qui dès lors connaissait nécessairement ses droits à la succession. Dans le droit nouveau,

(*b*) L. 1, § 1-4, h. t, L. 3, C. h. t., L. 10, de bon. poss. (XXXVII, 1), L. 6, C. qui admitti (VI, 9).

(*c*) L. 8, C. qui admitti (VI, 9). « ... sciat tibi non obesse, si per rusticitatem, vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcunque aliam rationem intra præfinitum tempus bonorum possessionem minime petiisse noscatur; quoniam hæc sanctio hujusmodi consuetudinis necessitatem mutavit. » A moins qu'il n'y ait ici répétition oiseuse, *rusticitas* se rapporte à l'erreur de droit, comme dans la plupart des textes. *Quæcunque alia ratio* désigne toute espèce d'empêchement extérieur équivalent à l'absence, par exemple, la captivité dans le propre domicile ou une longue et grave maladie. Les derniers mots du texte indiquent un changement dans le droit; ils embrassent l'erreur de droit pour cause de *rusticitas*, et ces obstacles extérieurs dont nous venons de parler, car même anciennement l'erreur de fait était admise comme excuse (note *b*).

(*d*) L. 2, C. de in int. rest. min. (II, 22).

un droit spécial de transmission est attaché à la faculté de délibérer. Cette faculté dure un an à partir du moment où l'appelé a connu l'ouverture de la succession (*e*).

III. De même, une loi postérieure de Justinien ordonne à l'héritier qui veut se garantir contre toute perte, de commencer à faire inventaire dans le délai de trente jours, et elle ajoute expressément que ce délai commence du jour où l'héritier connaît l'ouverture de la succession (*f*); mais elle excepte les soldats, auxquels on ne peut opposer l'expiration du délai (*g*).

XXV.

IV. L'application la plus importante de l'erreur aux omissions, concerne la prescription des actions, à laquelle on peut joindre la prescription de la restitution, bien que la restitution ne doive pas être regardée comme une *actio* romaine. Or, peut-on intenter une action prescrite en disant qu'on a laissé passer les délais par ignorance de son droit? Cette question se présente sous une double face. Toute prescription est accomplie après un certain délai dont il s'agit de déterminer le point de départ; ce point de départ peut être un événement antérieur, ou bien l'instant où le demandeur a connaissance de l'événement, ce qui peut arriver beaucoup plus tard. Ici déjà se montre une influence possible de l'erreur. Mais même en faisant dépendre le commencement de la prescription d'un événement antérieur, celui qui aurait laissé passer le délai pourrait, en cas d'erreur, obtenir

(*e*) L. 19, C. de j. delib. (VI, 30).

(*f*) L. 22, § 2, C. de j. delib. (VI, 30). « ... ut intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium. »

(*g*) L. 22, § 15, eod.

une protection extraordinaire par voie de restitution, comme nous l'avons vu dans plusieurs autres cas.

Ainsi d'abord, la prescription de l'action commence-t-elle à partir de l'événement extérieur, c'est-à-dire au moment de la violation du droit, ou bien au moment où le demandeur a connu cette violation (*a scientia*)? D'après l'analogie apparente de la *Bonorum Possessio* (num. XXIV), on pourrait admettre le dernier point de départ; mais un examen plus attentif nous montre la différence essentielle de ces deux cas.

Les délais très-courts de la *Bonorum Possessio* ont pour but de faire promptement connaître le véritable héritier. Faire commencer ces délais au moment où l'appelé connaît l'ouverture de la succession, ne contrarie nullement ce but; car les personnes intéressées à la décision de cette question avertissent l'appelé et font courir les délais. La prescription des actions a pour but, en contribuant à une bonne et prompte justice, de faire cesser l'incertitude du droit. Placer comme point de départ du délai la connaissance du demandeur, ce serait aller contre ce but, car personne n'a intérêt à avertir le demandeur. En effet, ses droits étant souvent évidents, ou du moins douteux, le défendeur doit désirer éviter toute discussion. L'action bienfaisante de la prescription se trouverait en grande partie annulée si, pour la faire courir, il fallait prouver la connaissance du demandeur. J'ajoute que le demandeur, s'il veille à ses droits, peut en connaître la violation et mérite le reproche de négligence quand il laisse accomplir la prescription, alors même qu'il aurait ignoré la violation de son droit. L'héritier prétorien, au contraire, n'est pas tenu de s'enquérir d'une *Bonorum Possessio*, souvent accidentelle et tout à fait imprévue; il est donc conforme à la nature de la prescription d'en rattacher le commencement à un événement extérieur, sans égard à la connaissance du demandeur. Aussi, les lois générales

sur la prescription regardent comme une circonstance indifférente l'ignorance du demandeur (*a*); évidemment, l'ignorance du droit, c'est-à-dire des règles relatives à la prescription, ne saurait avoir ici aucune influence (*b*).

XXVI.

Un doute pouvait s'élever relativement à la classe très-nombreuse des actions avec *utile tempus*, c'est-à-dire, soumise à une prescription d'un an ou à une prescription plus courte. Pour calculer le *utile tempus*, on comptait seulement les jours où le demandeur pouvait intenter son action (*quibus experiundi potestatem habebat*); les autres jours n'étant pas comptés, le délai se trouvait prolongé littéralement de tous les jours ainsi retranchés (*a*). D'après cela, on demandait si le demandeur n'était pas dans l'impossibilité d'agir quand il ignorait la violation de son droit. En résumant les textes du droit romain, on obtient la réponse suivante : en principe, le demandeur n'est pas dans l'impossibilité d'agir, car il y a plusieurs cas où, avec une vigilance suffisante, il aurait évidemment pu connaître la violation de son droit, et un bien plus grand nombre de cas où cela reste douteux. C'est pourquoi l'on appliquait la règle générale même aux pres-

(*a*) L. 12, C. de præscr. longi temp. (VII, 33). « ...., nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. » — En matière de procédure, les délais ont un caractère différent; ils courent toujours du moment où la partie a connaissance du fait qui l'oblige à agir.

(*b*) L. 3, C. de præscr., XXX (VII, 39). « .... Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem competere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit. » Rigoureusement parlant, cette addition était inutile; mais on put la croire nécessaire, parce que le principe si important d'une prescription générale était une chose nouvelle, étrangère à l'ancien droit.

(*a*) L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3).

criptions d'un an. Sans doute, il y a certains cas exceptionnels où la découverte de la violation du droit est tellement difficile pour le demandeur, que cette difficulté équivaut à une impossibilité. Si donc le demandeur justifie de semblables circonstances, le délai de la prescription commence, par exception, du jour de la découverte. Nous avons vu des cas où l'ignorance est valablement invoquée, à moins qu'elle ne résulte d'une grave négligence. Pour les actions avec *utile tempus*, on doit, au contraire, établir que l'ignorance était impossible à éviter. Les cas très-nombreux où cette question de fait demeure indécise, profitent ordinairement à celui qui invoque l'ignorance; ici ils profitent à son adversaire. Ainsi donc, la prescription annuelle est traitee tout autrement que le délai pour la *Bonorum Possessio* (num. XXIV) (*b*).

Le principe que je viens d'établir n'a jamais été posé par les Romains en termes généraux; il se retrouve dans des applications particulières d'une manière plus ou moins explicite; de sorte que nous devons compléter les textes moins formels avec ceux qui le sont davantage, car les uns et les autres reposent sur une seule et même idée. Le point capital, savoir, que les prescriptions annuelles étaient comptées à partir de l'événement extérieur, non de la connaissance, est partout formellement établi, et les exceptions, d'ailleurs fort rares, ne sont mentionnées que dans un petit nombre de textes. Mais comme ces derniers exposent l'ensemble de la théorie de la manière la plus complète, je vais les énumérer ici.

A. L'*interdictum quod vi aut clam* dure un an, à partir de

(*b*) Voyez là-dessus le traité, § 190.— C'est à tort que ces deux cas sont assimilés l'un à l'autre dans Burchardi Wiedereinzetzung, p. 188. — Arndts (Linde's Zeitschrift, vol. 14, p. 31) se rapproche de mon opinion; mais au lieu de poser, comme je le fais ici, la règle et l'exception, il abandonne tout à la prudence du juge, et semble incliner à placer la règle où je place l'exception.



l'entreprise injuste, et non à partir de la connaissance qu'en a la partie lésée, sauf le cas où l'entreprise est de telle nature, que le demandeur ne puisse la connaître que par hasard (*c*). Le texte relatif à ces cas est le plus clair et le plus complet de tous, et nous pouvons nous en servir sûrement pour compléter les décisions moins explicites.

B. L'action pénale *de calumnia* avait lieu notamment dans le cas où quelqu'un aurait donné de l'argent à un tiers, afin que celui-ci intentât contre moi une demande non fondée. Cette action dure un an, à partir non de la convention illicite, mais du moment où j'en ai eu connaissance (*d*). Ici donc l'exception devient la règle, et cette différence s'explique suffisamment par la nature spéciale du cas. En effet, ce pacte frauduleux m'est nécessairement inconnu tant qu'il ne m'est pas révélé par son exécution ou par une autre circonstance accidentelle. Si l'on décidait autrement, on arriverait à ce

(*c*) L. 15, § 4, 5, quod vi (XLIII, 24). « Annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est, aut fieri desiit. .. (§ 5) Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa in sepulchro vi aut clam factum est, vel in abdito alio loco, sed et si sub terra fieret opus, vel sub aqua, vel cloaca aliquid factum sit; etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo quod factum est, *nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est magna et justa causa ignorantiæ interveniente.* »

(*d*) L. 6, de calumniatoribus (III, 6). « ... In illius vero personam, cum quo ut agatur alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datæ pecuniæ numerari debeat, an potius ex quo cognovit datum esse, quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere: *et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit.* » Ces mots *qui nescit*, etc., s'appliquent au cas spécial de la *calumnia*, et n'expriment pas la règle générale d'un *utile tempus* pour toute espèce de prescription. Nous pouvons étendre cette règle aux cas du même genre, mais non, comme Muhlenbruch, p. 366, à toutes les plaintes pour un *factum alienum*, ce qui embrasserait toutes les actions résultant d'un délit. Or, la plupart des délits portent à nos droits une atteinte si sensible, que c'est notre faute si nous les ignorons.

résultat absurde, que l'on pourrait toujours se soustraire à la peine au moyen d'une précaution très-simple : il suffirait aux coupables de tenir leur convention secrète, et d'attendre, pour l'exécuter, l'expiration de l'année.

C. Les actions édiliciennes se prescrivaient tantôt par un an, tantôt par un délai plus court. Cette prescription commence du moment où le contrat est passé (*e*), non du moment où l'acheteur connaît le vice de la chose. Cette règle s'applique même à un cas qui pouvait sembler douteux, celui où l'esclave acheté avait l'habitude de s'enfuir (*fugitivus*) (*f*). On n'admet d'exception que si ce vice était habilement dissimulé; telle serait la bonne conduite apparente de l'esclave, et si l'acheteur n'avait pas fait preuve de négligence en omettant de prendre des informations (*g*).

D. La *doli actio*, qui se prescrivait autrefois par un *annus utilis*, se prescrit maintenant par deux ans consécutifs (*continui*). Ce délai commence au moment où la fraude est commise, non au moment où elle est connue (*h*). Les termes

(*e*) L. 19, § 6, de ædil. act. (XXI, 1).

(*f*) L. 2, C. de ædil. act. (IV, 58). A la vérité, ce texte parle de la fuite de l'esclave comme d'un fait isolé, et non comme de la coupable habitude du *fugitivus*. Néanmoins, c'est dans ce dernier sens qu'il faut l'entendre; car il repousse l'action non comme mal fondée, mais comme périmée.

(*g*) L. 55, de ædil. act. (XXI, 1). « ... non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi *latens* ignoravit : non idcirco tamen *dissolutam ignorationem* emtoris excusari oportebit. » Ici, pour admettre l'imputation plus favorable, deux conditions sont exigées ; il faut que l'habitude coupable de l'esclave ne soit pas facile à soupçonner (*latens*) ; il faut que l'erreur de l'acheteur soit raisonnablement justifiée. Peut-être la seconde proposition n'est-elle que la première, reproduite en d'autres termes, ce qui ne changerait pas beaucoup le sens du texte. — La contradiction de cette loi avec celle citée note *f*, ne peut être évitée que par l'interprétation que j'ai donnée. Cf. Haubold, opuscula, t. I, p. 429, 430.

(*h*) L. 8, C. de dolo (II, 21), c'est-à-dire, L. 1, C. Th. de dolo (II, 15). « Optimum duximus, *non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit*, neque intra anni utilis tempus, *sed potius ex eo die*,

de cette dernière disposition prouvent évidemment l'intention d'un changement. Or, voici en quoi consistait l'innovation : le délai devait toujours être compté du moment où la fraude avait été commise ; mais au lieu d'admettre, comme pour les autres actions, une exception quand la fraude avait été cachée habilement, la règle est absolue (*i*).

E. Le délai de la restitution durait autrefois une année, qui se comptait pour les mineurs, du jour de leur majorité (*k*); pour les absents, du jour de leur retour; et ainsi pour les uns et les autres, sans aucun égard à la connaissance de leurs droits. Cette disposition s'applique naturellement au délai de quatre ans établi par le droit nouveau (*l*).

F. L'*actio Pauliana* dure un an, qui se compte à partir de l'aliénation frauduleuse faite par le débiteur, et non du moment où le créancier en a connaissance (*m*).

G. Les poursuites en vertu de la *Lex Julia de adulteriis*, se prescrivaient par cinq ans pour les deux sexes, à partir du moment où le crime était commis, et en outre par six mois pour les femmes. Ces six mois étaient un *utile tempus*, et cependant ils commençaient pour les veuves à partir du délit, pour les femmes mariées à partir de la séparation, et ainsi toujours indépendamment de la connaissance que le plaignant avait du délit (*n*).

quo adseritur commissus dolus intra continuum biennium de dolo actionem moveri » . . .

(*i*) Cette dernière prescription semblera peut-être bien dure, mais elle est en harmonie avec le reste de cette loi, qui, par une disposition sans exemple, ne donne que deux ans pour intenter l'action, et même pour terminer le procès. La dureté de cette loi se trouve singulièrement adoucie dans la pratique, car l'*actio in factum* dure pendant trente ans, si la fraude a profité à son auteur. L. 28, 29 de dolo (IV, 3).

(*k*) L. 19, de minor. (IV, 4.)

(*l*) L. 7, C. de tempor. in int. rest. (II, 53).

(*m*) L. 6, § 14; L. 10, § 18, quæ in fraud. (XLII, 8).

(*n*) L. 29, § 5, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5); L. 1, § 10, ad Sc. Turp.



Dans les cas où une supputation plus favorable était admise exceptionnellement, on peut demander si elle avait lieu de plein droit ou au moyen d'une restitution. Les termes de plusieurs textes (notes *d* et *g*) semblent établir la première opinion, qui d'ailleurs se concilie très-bien avec une instruction préalable du préteur (note *c*). Au reste, le besoin d'une restitution ne se faisait pas sentir; car le point essentiel de la restitution est la limitation à un an, et ici l'année de la restitution finirait en même temps que la prescription annuelle, car l'une et l'autre commence au moment où le délit est connu. Mais il faut bien se convaincre que, hors des exceptions énumérées plus haut, on ne pouvait jamais obtenir de restitution contre la prescription annuelle, en alléguant une erreur non invincible. Quiconque examine sans prévention les textes cités, ne saurait y voir une semblable restitution, indépendamment des cas où la supputation favorable était admise; c'eût été là une distinction trop subtile et trop peu pratique pour l'attribuer aux jurisconsultes romains.

Au reste, tout ce que je viens de dire s'applique uniquement aux cas où l'erreur seule empêche l'exercice de l'action; mais si le défendeur est inconnu ou qu'on ne puisse l'attaquer parce qu'il s'est enfui ou qu'il se cache, alors il y a une impossibilité réelle indépendante de l'erreur, et qui empêche absolument l'*utile tempus* de courir (*o*).

(XLVIII, 16). — Pour les veuves, les cinq ans étaient toujours absorbés par les six mois; pendant la durée du mariage, l'une de ces prescriptions pouvait être plus avantageuse que l'autre, et la femme avait le choix. L. 29, § 5 cit. — Au reste, tout cela appartient à l'ancien droit; plus tard, on abolit la prescription de six mois, et on ne laissa subsister que celle de cinq ans. L. 28, C. ad L. Jul. de adult. (IX, 9).

(*o*) L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3). Ainsi, par exemple, l'*actio vi bonorum raptorum* ne dure qu'un an (L. 3, 4, pr. vi bon. rapt., XLVII, 8). Si les ravisseurs ont pris la fuite, la prescription ne court pas.

XXVII.

J'ai montré que la prescription se compte à partir de l'événement extérieur qui donne lieu à l'action, indépendamment de l'ignorance où peut être le demandeur à cet égard, et cette règle, toujours applicable aux prescriptions avec *tempus continuum*, l'est également aux prescriptions avec *utile tempus*, sauf une rare exception (num. XXV, XXVI). Reste maintenant la question de savoir si celui qui, par ignorance, a laissé passer le délai de la prescription, peut se faire restituer. Une semblable restitution, importante pour les prescriptions annuelles là où il n'y a pas lieu à l'exception favorable, le serait encore bien plus pour les autres prescriptions, où l'on n'admet aucune exception.

Cette question se présente sous une double face, car la restitution pourrait être accordée à raison de l'erreur ou de l'ignorance en soi, ou à raison d'autres motifs généraux qui viendraient annuler le préjudice causé par l'erreur.

Ainsi, en premier lieu, le demandeur peut-il être restitué pour avoir laissé passer le délai de la prescription par ignorance de son droit? Si les principes que j'ai posés sont vrais, la négative n'est pas douteuse. En effet, la restitution annullerait les bienfaits de la prescription tout autant que le mode de supputation combattu plus haut (num. XXV). Cette doctrine ressort encore mieux de la manière dont le droit romain envisage la prescription annuelle avec *utile tempus*. Si j'ai montré que dans ce cas il n'y avait pas lieu à restituer pour cause d'ignorance (num. XXVI), à bien plus forte raison ne doit-on pas admettre la restitution dans le cas des prescriptions plus longues avec *continuum tempus*.

Il en serait de même pour l'*actio furti*, dans le cas le plus ordinaire, celui où le voleur est inconnu, si cette action ne durait pas trente ans.

Néanmoins, beaucoup d'auteurs recommandables adoptent le principe de la restitution, plusieurs d'une manière absolue, d'autres en exceptant la prescription de trente ans (*a*). Ces divers auteurs ne rattachent pas, comme je le fais ici, la question à l'ensemble du sujet, mais ils supposent tacitement que la restitution s'applique en général à tous les cas possibles d'erreurs. Pour détruire cette supposition que l'on n'essaye jamais de justifier, il suffit de rappeler, comme je l'ai montré plus haut (num. II), que la restitution pour cause d'erreur n'est nullement un moyen de droit général, mais un secours spécial accordé dans certains cas rigoureusement déterminés. Cette proposition est inséparable du principe fondamental que j'ai établi relativement à l'erreur (num. VI); elle doit tomber ou subsister avec ce principe.

En second lieu, le demandeur qui, par ignorance, a laissé accomplir une prescription, peut-il invoquer les causes générales de restitution, la minorité, l'absence, etc.? L'affirmative ne serait nullement douteuse, vu la nature de ces causes, s'il n'y avait sur cette question des dispositions législatives spéciales que je vais énumérer.

A. Si l'action se rapporte au *peculium adventitium ordinarium*, celui à qui appartient le pécule n'ayant aucune influence sur l'exercice de ses droits, tant qu'il reste dans la même condition, la prescription est suspendue *ipso jure;* dès lors il n'a pas besoin de restitution, et peu importe que l'action soit soumise à une prescription annuelle ou trentenaire (*b*).

(*a*) Cocceji, lib. IV, tit. 6, qu. 1; Thibaut, Besitz und Verjæhrung, § 73; Unterholzner, Verjæhrungslehre, § 137, num. 4; Burchardi, Wiedereinsetzung, p. 118. L'opinion contraire a été très-bien soutenue par Emminghaus, à propos du passage cité de Cocceji, ed. Lips., 1791.

(*b*) L. 1, § 2, C. de annali except. (VII, 40).

B. Si l'ayant-droit est un impubère, la prescription est également suspendue jusqu'à l'époque de sa puberté (*c*).

C. Dans le cas où l'ayant-droit est un mineur, la même règle s'applique, mais avec une restriction. Pour toutes les prescriptions moindres de trente ans, la prescription est suspendue, et ainsi le mineur n'a pas besoin de restitution (*d*).

Pour tous les autres cas, il faut distinguer entre les prescriptions de trente ans et les prescriptions plus courtes, de sorte que la prescription d'un an et celle de vingt ans sont placées sur la même ligne. Pour la prescription de trente ans, la restitution est absolument interdite, et c'est là une dérogation positive aux règles générales du droit. Pour les prescriptions moindres de trente ans, il n'existe aucune disposition spéciale, et dès lors les principes généraux sur la restitution doivent recevoir leur application. La première de ces deux propositions est vivement controversée (*e*), mais non pas la seconde. Ainsi donc, ceux qui seraient restitués contre tout autre préjudice, notamment les mineurs, ne le sont pas contre la prescription de trente ans. Nous en avons la preuve dans la L. 3, C. de præscr. XXX (VII, 39): « non sexus fragilitate, non absentia, non militia *contra* « *hanc legem defendenda*, sed pupillari ætate duntaxat, quam- « vis sub tutoris defensione consistat, *huic eximenda sanc-*

(*c*) L. 3, C. de præscr. XXX (VII, 39).

(*d*) L. 5, C. in quib. causis (II, 41). — Voet, IV, 4, § 29, prétend que sous ce rapport les mineurs doivent être assimilés aux impubères, parce que les uns et les autres sont soumis à la tutelle. Mais la tutelle ne les empêche nullement de prendre eux-mêmes connaissance de leurs affaires. Du temps même de Justinien, les mineurs, quoique leurs biens fussent administrés par des curateurs, n'en étaient pas moins soumis à la prescription de trente ans.

(*e*) L'opinion que j'adopte ici est soutenue par Thibaut, Besitz und Verjæhrungslehre, § 136, et combattue par Burchardi, Wiedereinsetzung, p. 136.

« *tioni*. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitu-
« dinem pertinent curatoris, *necessario* eis similiter ut aliis,
« *annorum trigenta intervalla servanda sunt*. »

Voici le sens de ce texte : la prescription de trente ans est suspendue *ipso jure*, sans qu'il soit besoin de restitution, en faveur des impubères (huic *eximenda* sanctioni) (*f*). Nul autre ne peut se faire restituer contre cette prescription (contra hanc legem *defendenda*), encore bien moins s'y soustraire *ipso jure*; sous ce rapport, les mineurs sont entièrement assimilés aux femmes, aux absents et aux soldats. — Si nous n'avions que l'opposition littérale de *eximenda* et *defendenda*, ce ne serait pas pour une loi du cinquième siècle un argument décisif, car le rédacteur aurait pu regarder cette variété d'expressions comme une élégance de style. Mais il y a plusieurs motifs pour attribuer à ces expressions le sens que je leur donne. D'abord, le législateur veut évidemment établir une démarcation bien tranchée entre les impubères et les mineurs. Or, entre la libération *ipso jure* et par voie de restitution, il y a une différence moindre qu'entre la libération et la non libération. Le législateur ne pouvait donc appuyer sur cette différence moindre, et laisser l'autre douteuse en la passant sous silence; il ne pouvait dire que les mineurs étaient rigoureusement soumis à la prescription de trente ans, s'il leur eût été loisible d'échapper à cette prescription au moyen de la restitution. Ensuite on voit, par l'ensemble du texte, que le législateur a voulu introduire une disposition nouvelle et non prévue, une règle qui, sans cette loi, n'existerait pas. Cela s'accorde très-bien avec mon interprétation, car les femmes, les mineurs, etc., avaient des droits incontestables à la restitution, droits qu'ils

(*f*) Si les impubères sont seuls exemptés *ipso jure*, et s'il n'est pas question des *filiifamilias* (note *b*), cela s'explique historiquement : la loi citée dans le texte est de Théodose II, et l'exemption des *filiifamilias* a été introduite par Justinien.

auraient certainement fait valoir contre la prescription de trente ans, si la restitution ne leur eût été ici formellement interdite. Les termes de la loi ne se prêtent pas à l'interprétation contraire. En effet, comment aurait-on voulu soustraire *ipso jure* à la prescription de trente ans, les femmes, les mineurs, etc., tandis que, pour échapper à dés prescriptions plus courtes, ils avaient toujours eu besoin de la restitution (*g*)?

J'ai dit ensuite que contre toutes les prescriptions moindres de trente ans, on pouvait faire valoir toute restitution fondée en soi, et qu'ainsi on écartait le préjudice résultant de l'ignorance, sans que pour cela l'ignorance fût une cause de restitution. Je n'ai pas à défendre cette proposition contre l'opinion des auteurs, mais à montrer qu'elle est reconnue et souvent appliquée dans les sources. J'observe d'abord que les textes où les femmes, les mineurs, etc., sont relevés de la prescription, s'appliquent à la restitution, quoiqu'elle n'y soit pas expressément nommée (note *g*). Voici maintenant les différents cas mentionnés dans les sources :

1° L'absent dont le fisc a fait vendre les biens, peut les réclamer et opposer son absence à la prescription de quatre ans (*h*).

(*g*) Burchardi, p. 136, prétend, au contraire, que les absents et les soldats avaient souvent de semblables exemptions *ipso jure*, et il allègue pour preuve divers textes qui ne parlent pas expressément de restitution. Mais c'est un très-mauvais système d'interprétation de chercher dans chaque texte un peu vague, surtout dans les rescrits, une règle de droit isolée, quand ces textes se ramènent si naturellement à un principe déjà connu. D'ailleurs, parmi ces personnes exceptées, se trouvent les femmes, et pour elles Burchardi n'a pas pu trouver même l'apparence d'une exemption *ipso jure*.

(*h*) L. 5, C. de rest. mil. (II, 51) : « Neque.. . præscriptionem quadriennii... *obesse* manifestum est, » précisément à cause de la restitution que les mots omis désignent d'une manière formelle. Burchardi, p. 136, applique ce texte à l'exemption *ipso jure;* mais le titre entier parle de la restitution.

Il peut l'opposer également contre la prescription d'une action publique (*i*);

Contre la prescription annuelle de l'interdit *quod vi* (*k*);

Contre la *longi temporis præscriptio* (*l*).

2° L'exercice de fonctions publiques, même indépendamment de l'absence, empêche de courir la prescription de la *doli actio* (*m*).

3° Celui qui, ayant une action contre un impubère, la dirige contre un *falsus tutor* et la laisse prescrire, a le choix entre la restitution et le recours contre le tuteur. La restitution ne se refuse jamais; le recours ne peut s'exercer que si le tuteur était in *mala fide* (*n*).

4° Les mineurs auraient eu cette restitution si Justinien ne les eût traités plus favorablement encore en suspendant la prescription *ipso jure* (*o*). Antérieurement à cette loi, ils

(*i*) L. 44, pr. ex quib. causis maj. (IV, 6): « . . . non perimitur, » c'est-à-dire, au moyen de la restitution dont il est parlé dans tout le titre.

(*k*) L. 15, § 6, quod vi (XLIII, 24)

(*l*) L. 1, 2, 4, 6, 8, C. quibus non objicitur (VII, 35). Plusieurs de ces textes désignent clairement la restitution, d'autres d'une manière moins précise; mais cette différence accidentelle d'expressions ne justifie nullement une interprétation diverse de ces rescrits, dont le fond est essentiellement identique. — La L. 8 cit. est reproduite ailleurs dans le Code, L. 5, C. de rest. mil. (II, 51).

(*m*) L. 3, C. de dolo (II, 21).

(*n*) Les L. 1, § 6, L. 7, pr. quod falso (XXVII, 6), contiennent le principe des deux actions alternatives; la L. 10 eod. nous montre l'application du recours contre le tuteur, par suite d'une prescription encourue. La restitution contre la prescription de la demande n'est pas non plus douteuse; les anciens jurisconsultes n'en font pas spécialement mention, parce que de leur temps elle se confondait avec la restitution contre la consommation des actions (num. XIX).

(*o*) Voy. note *d*. — Cela nous explique pourquoi il est parlé si rarement de cette restitution dans le Digeste; je ne la trouve mentionnée qu'une seule fois, L. 15, § 6, quod vi (XLIII, 24).

avaient certainement la restitution, de même que les impubères avant la loi de Théodose II.

5° Les églises doivent être restituées *adversus lapsum temporis* (*p*). Mais comme, en général, elles sont assimilées aux mineurs (*q*), tantôt la prescription est suspendue *ipso jure*, tantôt elles n'ont pas même le recours de la restitution. Ainsi donc, la restitution dont je viens de parler s'applique non pas à la prescription, mais à d'autres déchéances, notamment en matière de procédure (*r*). Ainsi donc, la restitution contre la prescription n'a, en général, que des applications très-restreintes, et l'absence donne lieu à la plupart de ces applications; non-seulement l'absence du demandeur, mais aussi celle du défendeur. A la vérité, pour les actions annuelles avec *utile tempus*, la restitution n'était jamais nécessaire, car vu le défaut de l'*experiendi potestas*, les jours de l'absence n'étaient pas comptés; mais pour les prescriptions de deux, quatre, cinq, dix et vingt ans, cette restitution pouvait offrir un recours équitable et important.

XXVIII.

Je vais résumer les résultats obtenus jusqu'ici. Celui qui a laissé passer le délai de la *Bonorum Possessio*, peut invoquer l'erreur de fait, non l'erreur de droit, sauf le cas d'un manque absolu d'éducation (num. XXIV). — La prescription des actions commence, en général, du moment où l'action est ouverte, sans égard à la connaissance que le demandeur peut avoir de son droit (num. XXV). Ce principe souffre exception pour les actions annuelles, pourvu néanmoins que, d'après les circonstances, le demandeur établisse que son erreur était invincible (num. XXVI). En outre, di-

(*p*) Clem. un. de restit. (I, 11).
(*q*) C. 1, 3, X, de in int. rest. (II, 41).
(*r*) Unterholzner, Verjæhrungslehre, § 136.

verses personnes sont protégées *ipso jure*, et sans restitution contre la prescription des actions, par conséquent contre l'erreur qui peut y donner lieu : ce sont les *filiifamilias* et les impubères en général, les mineurs pour toutes les prescriptions moindres de trente ans. Enfin, la restitution ordinaire est admise contre les prescriptions moindres de trente ans; contre la prescription de trente ans il n'y a jamais de restitution (num. XXVII).

XXIX.

J'ai passé en revue les cas d'omissions les plus importants où l'erreur peut avoir de l'influence (num. XXIV, XXV sq.). Voici maintenant ceux qu'il me reste à examiner :

V. Dans l'ancienne procédure, celui qui, en introduisant une action, négligeait de fournir les pièces justificatives de sa demande, ne pouvait s'en servir plus tard. Les mineurs, les femmes et les hommes sans aucune éducation pouvaient se faire restituer contre ce préjudice (*a*).

VI. Dans l'ancienne procédure, celui qui négligeait de présenter une exception péremptoire pouvait, en général, se faire restituer; s'il s'agissait d'une exception dilatoire, la question était controversée (*b*).

VII. La femme grosse qui, après la dissolution de son mariage, ne remplit pas les formalités voulues, dans la prévision de la naissance, n'est pas punie si elle a agi par ignorance (*c*).

VIII. L'héritier qui ne poursuit pas en justice les meurtriers du défunt, perd ses droits à la succession, et il ne re-

(*a*) L. 1, § 2-5, de edendo (II, 13). Cf. Schulting enarratio, lib. 2, tit. 13, § 13; Burchardi, Wiedereinsetzung, p. 184. — Ce texte a été faussement interprété dans Noodt, ad Pandectas, II, 13.

(*b*) Gaius, lib. IV, § 125. Cf. Burchardi, Wiedereinsetzung, p. 185.

(*c*) L. 2, § 1, de inspic. ventre (XXV, 4).

couvre même pas les créances que la confusion avait éteintes. S'il ignorait le crime, il obtient la restitution de ses créances, mais il n'en perd pas moins ses droits à la succession (*d*).

IX. Quand un testament ordonne l'accomplissement d'une condition dans un certain délai, et qu'une disposition législative fait différer l'ouverture du testament, l'héritier ou le légataire qui ont laissé passé le délai faute de connaître la condition, peuvent se faire restituer (*e*).

X. Enfin, en principe, et sans qu'il soit besoin de restitution, les délais de procédure courent seulement du moment où la partie a connu le fait qui détermine le commencement du délai, et sous ce rapport les délais sont plutôt traités comme la *Bonorum Possessio* que comme la prescription. On assimile également aux délais de procédure les délais accordés pour faire valoir les excuses de tutelle (*f*).

XXX.

Dans le cours de cette recherche, nous avons rencontré beaucoup de cas où certaines classes de personnes sont traitées plus favorablement que les autres relativement à l'erreur :

Ce sont les mineurs, les femmes, les hommes sans aucune éducation (*Rusticitas*) et les soldats.

A côté de cette faveur commune, il importe de ne pas

(*d*) L. 8, 17, de his quæ ut ind. (XXXIV, 9); L. 29, § 1, 2, de j. fisci (XLIX, 14); L. 21, § 1, de Sc. Silan. (XXIX, 5). Cf. Burchardi, Wiedereinsetzung, p. 390.

(*e*) L. 3, § 31, de Sc. Silan. (XXIX, 5). Cf. Burchardi, Wiedereinsetzung, p. 185.

(*f*) § 16, J. de excus. (I, 25); L. 13, § 9 eod. (XXVII, 1); L. 6, C. eod. (V, 62); Fragm. Vatic., § 156. — Sur les délais de procédure, voy. entre autres L. 1, § 15, quando appell. (XLIX, 4).

perdre de vue les caractères essentiels de chacune de ces différentes classes dont je vais parler avec détails.

On sait qu'en matière de transactions licites, c'est-à-dire abstraction faite des délits, les mineurs peuvent en général se faire restituer contre les actes et les omissions qui leur causent un préjudice. Ce principe général a les conséquences les plus importantes relativement à l'erreur. Les majeurs ne trouvent de protection contre le préjudice résultant de leur erreur que dans certains cas spéciaux (num. VI); les mineurs trouvent cette protection dans tous les cas (*a*). Les majeurs ne sont jamais protégés contre une erreur résultant d'une grande négligence, et par conséquent contre l'erreur de droit; les mineurs peuvent aussi invoquer l'erreur de droit (*b*). La protection ne s'accorde au majeur que s'il a agi par erreur, et non s'il a agi sciemment; elle s'accorde au mineur dans l'un et l'autre cas.

Nous voyons ce principe formellement appliqué au mineur qui prête de l'argent à un *filiusfamilias* (num. XIII); qui admet une caution judiciaire non valable (num. XIX, note *d*); qui laisse passer le délai de la *Bonorum Possessio* (num. XXIV). Mais ce principe doit évidemment s'étendre aux cas non mentionnés, et ainsi l'erreur de droit qui entache le titre de possession d'un mineur n'empêche pas l'usucapion.

Néanmoins il ne faut pas oublier que cette faveur et la restitution en général ne s'applique qu'aux transactions licites. Quant aux délits, il n'y a pas en général de restitution, et le mineur ne peut invoquer pour excuse l'ignorance de la loi pénale (*c*). Cette règle s'applique sans distinction à toute

(*a*) L. 8, C. de in int. rest. min. (II, 22). C'est une interpolation de la L. 3, C. Th. de in int. rest. (II, 16). Cf. num. XXXI.

(*b*) L. 9, pr. h. t.; L. 11, C. h. t. C'est une interpolation de la L. 3, C Th. de sponsal. (III, 5).

(*c*) L. 9, pr. h. t. « ... ante præmisso, quod minoribus vigintiquinque

espèce de délit et au dol commis dans les contrats, puisque ce dol a le caractère d'un délit (*d*) ; mais elle ne s'applique qu'aux violations du droit défendues par le sens moral, et non à celles qui ont une nature plus positive (num. XXX). Ainsi le mineur n'encourt pas de peine pour l'*incestus juris civilis*, ni pour la violation des lois de douane, de même que la femme mineure n'est pas punie pour avoir négligé de faire nommer un tuteur à son enfant (num. XXI) (*e*).

XXXI.

Les femmes se trouvent dans une position tout autre que les mineurs. Comme elles n'ont pas droit à la restitution en général, elles n'ont pas droit à la restitution pour cause d'erreur. Néanmoins, quand l'erreur qui leur porte préjudice est de telle nature qu'il y aurait un recours ouvert même pour les hommes, alors les femmes ont le privilége de pouvoir invoquer aussi l'erreur de droit, et non pas seulement l'erreur de fait comme les hommes. Ainsi donc les femmes sont rangées dans cette classe de personnes *quibus jus ignorare permissum est*, et telle est la seule analogie qui existe entre elles et les mineurs.

« annis jus ignorare permissum est : *quod et in feminis in quibusdam causis* « *propter sexus infirmitatem dicitur :* et ideo sicubi non est delictum, sed « juris ignorantia, non læduntur. » Les mots imprimés en lettres italiques sont une véritable parenthèse ; ainsi, le dernier membre de phrase se rattachant directement au premier, s'applique aux mineurs et non pas aux femmes (cf. num. XXXI). — L. 9, § 2, 3, 4 ; L. 37, § 1, de minor. (IV, 4) ; L. 1, C. si adv. del. (II, 35).

(*d*) L. 9, § 2, de minor. (IV, 4).

(*e*) Il faut rapporter à de semblables cas ces expressions restrictives un peu vagues, L. 37, § 1, de minor. (IV, 4) : « utique atrocibus ; » L. 1, C. si adv. del. (II, 35) : « Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit... « restitutionis auxilium competit. » Cette prescription bienveillante ne s'applique pas à tous les délits où il y a faute ; car pour l'*actio legis Aquiliæ*, la restitution est formellement déniée (note *d*).

Cependant nous avons à signaler ici un changement important dans le droit. Autrefois, cette faveur accordée aux femmes par rapport à l'erreur de droit, était aussi illimitée que celle accordée aux mineurs. En 469, l'empereur Leo abolit cette faveur comme règle générale, et l'admit seulement comme exception dans les cas où les lois antérieures en faisaient une application spéciale (*a*). Nous voyons des traces certaines de ce changement dans diverses interpolations (*b*), et dans plusieurs textes où l'ancienne règle est, non pas exprimée, mais impliquée évidemment (*c*). — Toutefois,

(*a*) L. 13, C. h. t. « Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus « retractare, in his quæ prætermiserint vel ignoraverint; statuimus, si per « ignorantiam juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suam pa- « tiantur, in his tantum casibus, in quibus præteritarum legum auctoritas « eis suffragatur, subveniri. » Si nous n'avions que cette loi, on pourrait croire que le droit des femmes désormais ainsi restreint, les règles anciennement en vigueur auraient été non pas changées, mais seulement confirmées. Les textes cités notes *b* et *c* rendent l'explication que je donne indispensable.

(*b*) L. 3, C. Th. de integri restit. (II, 16), de l'an 414 : « Et mulieribus, « et minoribus in his, quæ vel prætermiserint, vel ignoraverint, innumeris « auctoritatibus constat esse consultum. » Ce texte nous montre les femmes favorisées, sans aucune restriction, par rapport à la *juris ignorantia;* on le reconnaît à la généralité de l'expression et au rapprochement des mineurs, dont le droit n'était pas douteux. Ce texte est reproduit dans le Code Justinien (L. 8, C. de in int. rest. min., II, 22), moins les trois premiers mots (et mulieribus et), ce qui montre évidemment l'intention d'abolir ce privilége des femmes. — La L. 9, pr. h. t. (num. XXX, note *c*) nous montre sous une autre forme une interpolation semblable. Les mots *in quibusdam causis* ont été ajoutés tout à fait dans le sens de la constitution de l'empereur Léon.

(*c*) La loi 3, C. de præscr. XXX (VII, 39), dit, au sujet de l'introduction de la prescription de trente ans : *non sexus fragilitate*, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda (voy. num. XXVII). Cela prouve évidemment que les personnes ici énumérées étaient protégées par la restitution contre les prescriptions plus courtes auparavant établies; autrement, il eût été superflu de leur refuser la restitution contre la nouvelle prescription de trente ans. Quant aux femmes, cette restitution était

en matière de donations, les femmes ne pouvaient, même dans l'ancien droit, invoquer la *juris ignorantia* (*d*).

Il s'agit maintenant d'énumérer les différents cas exceptionnels où les femmes peuvent invoquer l'ignorance du droit, c'est-à-dire les cas auxquels s'appliquent ces mots de la constitution de Leo (*in his tantum casibus*), d'après la législation justinienne.

Ce sont : l'acceptation d'une caution judiciaire non valable (num. XIX, note *d*).

Le défaut de production des pièces justificatives (num. XXIX).

L'omission des formalités à remplir, en cas de grossesse, après la dissolution du mariage (num. XXIX).

Le payement d'une dette contre laquelle existait l'*exceptio Scti Vellejani*, si le payement a été fait dans l'ignorance du sénatus-consulte (*e*).

Ce sont, en outre, les cas où une femme viole par ignorance une loi pénale toute positive (*juris civilis*). Ici la femme est mise sur la même ligne que les mineurs. On cite parmi les cas de cette espèce l'*incestus juris civilis*, le *Sc. Tur-*

nécessairement une suite de leur ancien privilége relativement à l'erreur de droit. — De même encore, l'exception que font les textes cités dans la note suivante, en matière de donations, n'a de sens que si l'on admet l'existence d'une règle contraire pour les autres matières du droit. Je citerai enfin le rapprochement général de *rusticitas* et *sexus* dans la L. 2, § 7, de j. fisci (XLIX, 14).

(*d*) L. 11, C. h. t., et les mots qui font allusion à la même exception, *ne maribus quibus*, dans la L. 8, h. t. Cf. sur ces deux textes, num. VIII.

(*e*) L. 9, C. ad Sc. Vell. (IV, 29). Cela est une exception particulière à la règle générale, qui, pour la *condictio indebiti*, n'admet pas l'erreur de droit. Doneau étend cette exception à tous les payements que font les femmes par suite d'une erreur de droit (I, 21, § 13), et il invoque la L. 5, C. de pactis (II, 3); mais les mots de ce texte : « cum et solutum *per ignorantiam* repeti potuisset, » pouvant tout aussi bien se rapporter à une erreur de fait, ne prouvent rien pour l'opinion de Doneau.

pillianum, et la contravention que commet la femme en écrivant elle-même les dispositions faites en sa faveur dans un testament que l'on lui dicte, pourvu néanmoins qu'il y ait des motifs particuliers d'excuse (num. XXI).

D'un autre côté, voici plusieurs cas importants où les femmes ne peuvent certainement pas invoquer l'erreur de droit :

L'absence du titre en matière d'usucapion;

Le délai de la *Bonorum Possessio* (*f*);

Le délai de la prescription.

Pour la prescription de trente ans, cette faveur leur est expressément refusée (num. XXVII); pour les prescriptions plus courtes, comme elle ne leur est pas spécialement accordée, d'après la loi de l'empereur Leo elle ne leur appartient pas, bien qu'avant cette loi elles en aient joui incontestablement.

XXXII.

Je passe aux personnes tout à fait dépourvues d'éducation (*Rusticitas*), et qui dès lors n'ont évidemment aucune connaissance du droit (*a*).

(*f*) Le privilége est formellement dénié par la L. 3, C. h. t., et par la L. 6, C. qui admitti (VI, 9). Ces deux textes sont antérieurs à la loi de l'empereur Léon. Peut-être les a-t-on interpolés pour les mettre d'accord avec cette loi; mais l'interpolation n'est pas visible; peut-être aussi la *bon. poss.* fut toujours une matière exceptionnelle où l'erreur de droit n'était pas admise même pour les femmes. Nous n'avons aucun moyen de résoudre cette question; mais quant au droit nouveau, le résultat n'est pas douteux.

(*a*) Ainsi *rusticitas* ne désigne pas une condition ou un métier, mais ce défaut de culture intellectuelle qui se rencontre le plus souvent dans l'isolement de la campagne, chez les gens de la basse classe. *Imperitia* est susceptible de deux significations. Souvent ce mot désigne l'ignorance d'une chose particulière, en fait, et alors il est synonyme d'*ignorantia*. Quelquefois il

Celles-ci n'ont pas plus que les femmes un droit général à la restitution. Elles peuvent seulement invoquer l'ignorance du droit dans les cas suivants :

Quand elles ont laissé passer le délai de la *Bonorum Possessio*, faveur qui n'est pas accordée aux femmes (Num. XXIV) (*b*);

Quand, dans un procès, elles ont négligé de produire les pièces justificatives (num. XXIX);

Quand elles ont commis des actes défendus par une loi pénale positive, notamment quand elles ont endommagé les édits des magistrats, violé le *Sc. Silanianum* ou désobéi à une *in jus vocatio* (num. XXI).

Dans tout autre cas, et nommément en matière d'usucapion et de prescription, il n'y a pas d'exception en faveur de la *Rusticitas*.

XXXIII.

Deux motifs se réunissaient pour entourer les soldats d'une grande faveur. D'abord on reconnaissait qu'en général leur genre de vie les empêchait d'acquérir la connaissance du droit; ensuite on voulait encourager par des priviléges

est rapproché de *rusticitas* (imperitia *vel* rusticitas, cf. num. XXI, notes *h*, *k* et *t*); alors il désigne l'ignorance du droit en général, chez une personne déterminée; ignorance qui peut très-bien se concilier avec une bonne éducation et des connaissances d'une autre espèce, et alors *imperitia* a moins d'extension que *rusticitas*. Voy. Muhlenbruch, p. 446 sq.

(*b*) Cette faveur n'est pas du tout l'effet du hasard. La parenté et l'ordre des successions existent pour tous, quelle que soit leur éducation, et ont de l'importance pour toutes les classes de la société. Mais des hommes très-grossiers peuvent bien ne pas même soupçonner qu'il y a des formes à observer ou des conseils à demander. Au contraire, toute femme qui n'appartient pas aux dernières classes de la société, quelleque soit son ignorance du droit, comprendra suffisamment l'importance d'un décès, pour demander conseil.

la profession de soldat, comme nous en avons ailleurs d'autres preuves.

Néanmoins on ne leur accorda jamais une restitution générale comme aux mineurs; mais souvent on les faisait participer à la restitution dont jouissaient les absents, restitution regardée dans l'origine comme une juste protection pour les soldats en campagne.

Bien que les empereurs aient souvent déclaré excusable l'ignorance du droit chez les soldats (*a*), cette ignorance n'a jamais été pour eux le motif d'une restitution générale, mais de plusieurs priviléges importants qu'il s'agit d'examiner.

Un de ces priviléges a été transformé en une institution régulière, et dès lors ne figure plus comme motif de restitution. C'est le testament militaire institué, comme la loi le dit expressément, pour venir au secours de l'ignorance des soldats (*b*).

Les soldats sont restitués s'ils ont laissé passer le délai de l'*aditio hereditatis* (*c*), ou de l'*agnitio* d'une *Bonorum Possessio* (*d*).

Le soldat qui par ignorance acceptait une succession onéreuse, avait autrefois la restitution (*e*). Justinien rendit cette restitution inutile, en établissant que tout héritier qui ferait inventaire ne serait pas tenu des dettes au delà des forces de la succession. A la vérité, l'inventaire devait se faire dans un délai

(*a*) L. 22, pr. C. de j. delib. (VI, 30) : « arma etenim magis quam jura « scire milites, sacratissimus legislator existimavit. »

(*b*) L. 1, pr. de test. mil. (XXIX, 1) : « simplicitati eorum consulendum « existimavi. » — Pr. J. de militari test. (II, 11) : « propter nimiam imperitiam. »

(*c*) L. 9, § 1, h. t. Ce texte parlait sans doute d'une *cretio*, et, sous ce rapport, il a été interpolé. En droit Justinien, il désigne une institution d'héritier faite sous la condition que l'adition aura lieu dans un délai déterminé, ce qui ne diffère pas essentiellement de l'ancienne *cretio*.

(*d*) L. 1, C. de restit. mil. (II, 51).

(*e*) § 5, J. de hered. qual. (II, 19), L. 22, pr. C. de j. delib. (VI, 30).

très-court; mais les soldats étaient dispensés de ce délai (*f*).

En général, les soldats ne sont nullement exemptés des lois pénales. Néanmoins le soldat auquel on dicte un testament et qui écrit une disposition faite en sa faveur, n'encourt pas la peine établie (num. XXI, note *p*).

Il n'y a aucun motif pour aller, même en droit Justinien, au delà de ces cas spéciaux. Mais en droit moderne ces dispositions sont tout à fait inapplicables, car elles règlent la condition des soldats considérés comme une classe, et dès lors elles font partie de la constitution de l'État, c'est-à-dire du droit public (*g*).

Si l'on réunit sous un point de vue commun les différentes classes de personnes dont je viens de parler (num. XXX, XXXIII), on voit qu'elles jouissent d'une faveur particulière relativement à l'ignorance du droit, et que, pour elles, cette ignorance est assimilée à l'ignorance de fait, mais à différents degrés, de sorte que dans la pratique il n'y a pas une règle générale commune à ces quatre classes de personnes. Indépendamment de cette faveur, il faut aussi admettre le principe qui en est évidemment la base; pour ces diverses personnes, l'ignorance du droit est supposée en fait, jusqu'à preuve du contraire (*h*).

XXXIV.

Ce qui a beaucoup contribué à jeter de la confusion sur la théorie de l'erreur, et dont nous trouvons déjà des exem-

(*f*) L. 22, § 15, C. de j. delib. (VI, 30).

(*g*) Il n'en est pas de même du testament militaire, où l'on ne considère pas la condition des soldats en soi, mais relativement à certaines circonstances qui sont aujourd'hui les mêmes que chez les Romains. Cette forme de testament est expressément reconnue en Allemagne par les lois de l'Empire.

(*h*) Cela est clairement exprimé pour les mineurs qui contreviennent aux lois de douanes. Voy. num. XXI, note *m*.

ples dans les anciennes sources, c'est que l'on a rapporté à l'erreur des cas qui sont hors de son domaine. En effet, on ne doit admettre l'influence de l'erreur que là où les conséquences régulières des actes juridiques émanant d'une volonté libre, se trouvent annulées ou modifiées par l'existence d'une erreur, qui doit nous faire regarder la volonté comme incomplète (num. II). Mais si l'erreur se montre dans un cas où manque déjà une des conditions essentielles des actes juridiques, ce n'est pas l'erreur qui annule les conséquences d'un pareil acte, et l'on ne doit pas ranger ce cas parmi ceux dont j'ai parlé jusqu'ici. Il n'y a pas là une erreur véritable, mais ce qu'on pourrait appeler une erreur improprement dite.

Quand donc un propriétaire croit faussement que sa chose appartient à un autre, et exprime cette croyance par une déclaration verbale, cette déclaration ne nuit pas à son droit de propriété (*a*); non plus que s'il prête assistance à un autre qui réclame la chose contre un tiers devant un tribunal (*b*), ou s'il laisse recueillir les fruits de la chose à celui qu'il croit propriétaire (*c*). De pareils actes ne compromettent point sa propriété, non parce qu'ils résultent d'une erreur, mais parce que ces actes unilatéraux n'ont en eux-mêmes aucune force obligatoire.

Si le propriétaire d'un esclave le déclare libre par erreur, l'esclave ne devient pas libre, et le propriétaire ou ses héritiers peuvent le revendiquer *in servitutem* (*d*); car l'esclave

(*a*) L. 18, C. de rei vind. (III, 32).

(*b*) L. 54, de rei vind. (VI, 1).

(*c*) L. 79, de leg. II (XXXI, un.). Cette loi porte : « juris ignoratione « lapsi, » et néanmoins, ils sont admis à faire valoir leurs droits véritables.

(*d*) L. 8, 9, C. de jur. et facti ign. (I, 18). Ces deux textes sont au nombre de ceux d'où l'on a faussement tiré la règle générale, que toute erreur exclut la volonté (num. VII). Au reste, la rédaction de ces deux textes n'a pas toute la précision désirable.

ne peut acquérir sa liberté que par un affranchissement selon les formes du droit (*e*), et la déclaration unilatérale d'une liberté qui existerait déjà est un acte inutile et sans effets.

Quand un héritier fait avec ses cohéritiers un partage incomplet, mais que ceux-ci croient complet, et n'entendent pas abandonner leur part sur ce qui manque, plus tard ils peuvent réclamer cette part; car ce partage provisoire n'est pas pour eux juridiquement obligatoire (*f*). De même celui qui, croyant recevoir la totalité de sa créance, n'en reçoit qu'une partie, conserve le droit de réclamer le surplus (*g*).

Celui qui, par erreur, déclare comme appartenant à la succession de sa mère, un bien qui en réalité dépend de la succession de son père, n'est pas lié par un pareil acte; car cette déclaration unilatérale n'a aucune force obligatoire (*h*).

Dans l'ancien droit, le célibataire ne pouvait rien recevoir par testament, et l'homme marié sans enfants n'avait droit qu'à la moitié des choses léguées; l'autre moitié était, dans plusieurs cas, et depuis dans tous les cas, dévolue au fisc. Celui qui dénonçait volontairement la disposition testamentaire et sa propre incapacité, recevait pour prix de cet aveu la moitié de la portion dévolue au fisc (*i*). Mais s'il se

(*e*) Parmi ces formes, on doit aussi ranger la *manumissio inter amicos*, bien que non solennelle, et l'erreur pouvait être invoquée comme motif de nullité. En effet, il s'agit uniquement d'une question de fait; et si l'esclave n'est pas libre, ce n'est pas à cause de l'erreur, mais parce qu'il n'est pas prouvé que son maître ait voulu l'affranchir.

(*f*) L. 20, pr. fam. herc. (X, 2).

(*g*) Celui qui paye trop a besoin d'une *condictio indebiti*, parce que la tradition de l'argent en transfère la propriété. Celui qui reçoit moins n'a besoin ni d'action ni d'exception; car pour la partie de la dette non acquittée, il ne s'est fait juridiquement rien de valable. Mais s'il y avait eu acceptilation pour la totalité de la dette, une *condictio* devenait alors nécessaire.

(*h*) L. 5, C. de J. et facti ign. (I, 18).

(*i*) L. 13, pr. § 1, de j. fisci (XLIX, 14).

dénonçait par erreur quand il était réellement capable (*k*), cette dénonciation ne lui nuisait pas, et il recueillait la totalité des choses léguées sans en rien abandonner au fisc (*l*). Le motif de cette décision n'est évidemment pas l'erreur commise; le droit du fisc se fondait non sur la déclaration, mais sur l'incapacité, qui, en pareil cas, n'existait pas réellement.

Il en est de même quand un propriétaire, ignorant son droit de propriété, ravit sa propre chose à un tiers qui n'a sur elle aucune espèce de droit, et qui peut-être l'a volée. Le propriétaire qui ravit ainsi sa chose a l'intention de commettre un vol; mais en fait il ne le commet pas; car ici manque nécessairement une des conditions essentielles du vol, la violation du droit d'autrui. Ainsi donc il n'est pas protégé par son erreur, mais par l'absence du *corpus delicti* (*m*).

Il faut encore ramener au même point de vue les cas désignés sous le nom de *error in corpore* ou *in substantia*. Ici il n'est pas question, comme dans les cas d'erreur véri-

(*k*) On peut se représenter ainsi la chose. La loi permettait, en général, d'instituer les proches parents héritiers ou légataires. Or, l'héritier institué pouvait se croire incapable, parce qu'il ignorait sa parenté ou la disposition exceptionnelle de la loi. Dans le premier cas il y a erreur de fait, dans le second erreur de droit.

(*l*) L. 13, § 10, de j. fisci (XLIX, 14), d'après les rescrits de trois empereurs. L. 7, § 2 eod., d'après *complura rescripta*. Puis on ajoute : Il semble, d'après un rescrit, que celui qui s'est dénoncé par erreur peut seulement invoquer le bénéfice de la loi « si ea persona sit, quæ ignorare « propter rusticitatem, vel propter sexum femininum, jus suum possit. » Je parlerai tout à l'heure de cette disposition.

(*m*) La procédure nous offre des cas semblables. Il s'agit alors de savoir dans quelles conditions l'aveu d'une partie est indivisible en soi, ou susceptible de rectification. La réponse à cette question se trouve non pas dans la théorie générale de l'erreur, mais dans les dispositions spéciales des lois sur la procédure. Telles sont les L. 6, § 1, de off. præs. (I, 18), L. un. C. ut quæ desunt (II, 11), L. 1, 2, 3, C. de error. advoc. (II, 10), et beaucoup d'autres textes.

table, d'une volonté incomplète et dès lors moins efficace, mais bien d'un défaut d'accord entre la volonté et la déclaration de volonté (*n*). Un exemple rendra cette différence sensible. Si, dans un contrat de vente de l'esclave Stichus, le vendeur possédant deux esclaves de ce nom, chacune des parties contractantes a en vue un autre Stichus, aucune des parties ne se trompe, chacune d'elles a une volonté juste et bien déterminée, mais l'accord des volontés manque, et c'est là-dessus que tous les deux se trompent. Ici donc nous n'avons pas à faire à un contrat véritable; nul pour cause d'erreur, il n'y a réellement pas de contrat, de même qu'il n'y a pas de contrat entre deux personnes quand l'une fait une proposition que l'autre refuse, et que la première prend faussement ce refus pour une acceptation.

Enfin, plusieurs des cas dont j'ai parlé rentrent dans l'erreur improprement dite. Ainsi, repousser pour cause d'erreur l'interprétation d'un acte qu'autrement il faudrait regarder comme une déclaration tacite de volonté (num. XII), ce n'est pas là annuler les conséquences régulières d'un fait juridique, mais nier son existence et détruire la fausse apparence qui pourrait nous engager à l'admettre. Il en est de même dans les cas importants où, pour cause d'erreur, l'on ne doit pas admettre le *dolus;* en effet, le *dolus* n'existe réellement pas, et dès lors ses conséquences juridiques ne doivent pas non plus exister (num. XX-XXIII).

J'ai dit que tous ces cas de l'erreur improprement dite devaient être soigneusement écartés de la théorie de l'erreur. Peut-être on m'objectera que c'est là une distinction inutile et purement théorique, puisque le résultat est toujours le même; mais la différence pratique est au contraire très-im-

(*n*) Cf. le traité, § 135, 138. C'est probablement à l'*error in corpore* que se rapporte la L. 116, § 2, de R. J. (L. 17), l'un de ces textes d'après lesquels on a prétendu que l'erreur exclut toujours la volonté (num. VII). Cf. § 136, *m*.

portante. C'est un principe fondamental que, même dans les cas où l'erreur véritable exerce son influence, cette influence n'est pas admise si l'erreur est inexcusable et notamment une erreur de droit. Mais cette exception ne peut jamais se présenter dans aucun des cas de l'erreur improprement dite. Ainsi, celui qui, par une déclaration unilatérale, attribue faussement à un autre la propriété de sa chose, n'est pas obligé, quand même sa fausse croyance tiendrait à une erreur de droit. Cela même est formellement exprimé dans un des textes cités plus haut (note *c*). On trouve, il est vrai, dans un autre texte (note *l*) une assertion contraire. La dénonciation faite au fisc par erreur, y est-il dit, doit nuire, à moins qu'elle n'ait été faite par une femme ou par un homme tout à fait dépourvu d'éducation (*Rusticitas*). Mais ce principe, en opposition directe avec la nature de la caducité, n'est pas posé nettement; il est représenté comme une conséquence possible d'un rescrit isolé; c'est évidemment là une pure fiscalité. — Relativement à l'*error in corpore*, on n'examine pas non plus si l'erreur de l'une des parties était facile à éviter et dès lors inexcusable. — Enfin, là où l'erreur exclut le *dolus*, on admet toute espèce d'erreur, même l'erreur de droit, et c'est ce que décide expressément un texte du droit romain (num. XXII).

XXXV.

Je reviens maintenant à la discussion de la question grave et controversée que j'ai posée plus haut (num. XI), celle de savoir si la *condictio indebiti* peut se fonder, non-seulement sur une erreur de fait, ce point n'est pas contesté, mais aussi sur une erreur de droit. Je résoudrai négativement cette question, et, ici, j'ai pour moi le plus grand nombre des jurisconsultes célèbres (*a*).

(*a*) Cette question est aussi résolue négativement par Cujacius, opp. VII,

Cette solution ressort nécessairement de l'ensemble des principes que j'ai établis sur la nature de l'erreur. L'erreur ne peut pas être invoquée en général, mais dans certains cas spécialement déterminés. La *condictio indebiti* ne s'implique pas non plus de soi-même; celui qui paye a aliéné volontairement son argent, et c'est par une faveur fondée sur l'équité qu'on lui permet d'en faire la répétition (*b*). Mais là où l'erreur sert à écarter un préjudice, on n'admet pas l'erreur inexcusable, et, dans la règle, l'erreur de droit est réputée telle (num. III). Cette considération générale doit faire résoudre négativement la question proposée, et ce qui lui donne beaucoup de poids, ce sont les applications que nous avons vu faire de ce principe aux nombreux rapports de droit où l'on admet l'influence de l'erreur.

Mais nous avons reconnu que le principe était susceptible de plusieurs restrictions, et ces restrictions serviront peut-être à le faire admettre aux adversaires de mon opinion. Ainsi il y a exception au principe lorsque l'erreur tombe, non sur le contenu de la règle, mais sur son application à une espèce très-compliquée (num. I, V).— De même, lorsque

895; Donellus, I, 21, § 12, 18, XIV, 14, § 5-10; Voet, XII, 6 Num. 7; Cocceji, XII, 6, qu. 14. (Ce dernier cite plusieurs auteurs pour prouver que cette doctrine est suivie dans la pratique.) Merlin, Répertoire, verbo Ignorance, § 1. — Cette question est résolue affirmativement par Vinnius, I, 47; Mühlenbruch, p. 419-431. — Höpfner, § 954, distingue les cas où il s'agit d'un gain à faire ou d'un dommage à éviter; circonstance qui ne doit pas ici entrer en considération. Thibaut, Pandekten, § 29, se déclare pour l'affirmative; mais dans ses Vorlesungen (Braun, p. 41-43), il ajoute comme condition, que l'erreur de droit doit être excusable, et je suis tout à fait de son avis. Telle est aussi la doctrine de Vangerow, Pandekten, I, p. 100-104, qui dès lors n'est pas en réalité contre mon opinion. Glück, vol. XIII, p. 128-151, résout la question négativement; mais depuis la publication du traité de Mühlenbruch, son incertitude devient telle (vol. XXII, p. 336-340), que le lecteur se trouve abandonné à lui-même.

(*b*) Cujacius, opp. VII, 895, A.

la règle de droit est difficile à connaître exactement, ce qui s'entend surtout des questions controversées et du droit particulier, car alors les jurisconsultes eux-mêmes ne donnent pas toujours des décisions sûres, ce qui suffit pour rendre, en pareil cas, l'erreur de droit excusable (num. IV). Dans l'état actuel du droit, cela se voit plus souvent que chez les Romains; mais, même en droit romain, nous trouvons plusieurs exemples d'erreur de droit où la *condictio indebiti* est admise en vertu de cette règle. Quand, par exemple, un héritier payait un *legatum per damnationem* fait sous une condition impossible (*c*), ou quand l'acheteur payait un prix qui, d'après le contrat, devait être fixé par un tiers (*d*). Car dans ces deux cas la validité de l'obligation était avant Justinien un sujet de controverse, et l'erreur de droit, de quelque côté qu'elle se trouvât, ne pouvait être regardée comme facile à éviter et dès lors comme inexcusable.

Le principe souffre encore exception si le point capital n'est pas l'erreur en soi, mais une circonstance en dehors de l'erreur. Cela arrive quand celui qui reçoit l'argent a occasionné l'erreur, ou l'a connue sans rien dire (num. V). L'acceptation de l'argent est alors regardée comme un vol (*e*), et naturellement, il importe peu que le payement ait eu lieu par suite d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit. Par voie de conséquence, dans le cas où il ne s'agit pas d'une somme payée, mais d'une obligation contractée (*indebita obligatio*) (*f*), on doit accorder au débiteur la *condictio indebiti*. Si on la lui refusait, on ne pourrait du moins lui refuser l'*actio doli*, qui aurait pour le créancier des conséquences encore plus graves. Ce que j'ai dit du *dolus* s'applique

(*c*) Gaius, lib. III, § 98.

(*d*) Gaius, lib. II, § 140.

(*e*) L. 18, de condict. furtiva (XIII, 1) : « ... furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit... »

(*f*) L. 5, § 1, de act. emti (XIX, 1); L. 51, pr. de pactis, II, 14.

certainement aux cas exceptionnels, où les sommes payées même avec connaissance de cause, peuvent être répétées: tels sont les dettes de jeu, les donations importantes non insinuées, les intérêts usuraires. Si le payement fait avec connaissance de cause n'empêche pas la condiction, il faut en dire autant, et à plus forte raison, de l'erreur de droit, car la circonstance décisive n'est pas ici l'erreur, mais une règle absolue du droit positif.

Enfin, on ne saurait faire l'application des principes aux personnes qui, en général, peuvent invoquer l'erreur de droit. Tels sont incontestablement les mineurs (num. XXX). Autrefois les femmes avaient le même privilége; le droit Justinien n'admet plus qu'une seule exception en leur faveur, le cas où, par ignorance du *Sc. Vellejanum*, elles auraient fait un payement qu'elles pouvaient refuser (num. XXXI, *e*).

XXXVI.

Pour l'opinion contraire, on a fait valoir les motifs généraux suivants :

1° Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (*a*). — Cette règle est trop générale et trop vague pour que l'on en fasse une application directe dans la pratique; seulement, elle a eu de l'influence sur la formation de plusieurs règles du droit; on peut donc tout au plus la regarder comme un élément compris dans des règles vraiment pratiques, et là elle ne prend de vie et de réalité que par sa liaison intime avec des prémisses très-concrètes. Aussi la voyons-nous effectivement rappelée dans les textes cités (note *a*), et comme un des éléments de la règle relative à la *condictio indebiti;* ainsi donc, nous ne saurions nous en servir exclusivement pour

(*a*) L. 14, de cond. indeb. (XII, 6); L. 206, de R. J. (L. 17); Muhlenbruch, p. 417.

déterminer l'étendue des autres conditions purement pratiques de la *condictio indebiti*. Si nous voulions prendre cette règle à la lettre pour l'appliquer dans la pratique, nous serions aussitôt forcés de reculer devant ses conséquences. Au nom de cette règle, toute vente chère pourrait être attaquée, car une pareille vente enrichit le vendeur aux dépens de l'acheteur, et alors il n'y aurait plus aucune sûreté pour le commerce, qui repose sur la possibilité du gain et de la perte par la liberté des échanges.

2° Un grand nombre de textes, et nommément le titre du Digeste *de conditione indebiti*, présentent l'*error* en général comme condition de la condiction, sans exclure l'erreur de droit (*b*). — Cet argument est réfuté par l'ensemble même de cette exposition, où j'ai montré l'erreur de droit sous son véritable jour. Sans doute, l'*error* est la condition véritable de la condiction; mais on a vu dans les diverses applications, et non-seulement par rapport aux condictions, que l'erreur, pour être efficace, doit être excusable, et dans la règle l'erreur de droit n'est pas excusable. Était-il nécessaire ou même possible de reproduire cette restriction toutes les fois que l'on faisait mention de l'erreur? Il suffisait de l'avoir établie dans quelques textes, et le titre *de juris et facti ignorantia* était la place la plus convenable. Cette explication se trouve confirmée par l'analogie frappante de l'*actio quod metus causa*. Pour cette action, la condition générale exigée est la crainte; c'est ce qu'expriment simplement l'édit et un grand nombre de textes qui font l'application du principe. On dit incidemment quels caractères doit avoir la crainte pour donner lieu à l'action; il faut qu'elle résulte de la menace d'un mal grave et vraisemblable, et non des vaines terreurs d'une âme faible (*c*). Fal-

(*b*) Muhlenbruch, p. 420-421. — Cf. Donellus, XIV, 14, § 6, 7.
(*c*) L. 5, 6, quod metus (IV, 2).

lait-il reproduire cette restriction pour chaque application particulière? et quand elle n'est pas exprimée, doit-on admettre que toute espèce de crainte donne lieu à l'*actio quod metus causa?* Ce cas est absolument semblable à l'exclusion de l'erreur de droit comme motif de la *condictio indebiti.*

3° L'erreur de droit peut être invoquée en général, non pour procurer un bénéfice, mais pour écarter un préjudice, et tel est précisément le but de la condiction. — J'ai déjà montré combien cette distinction est peu fondée, je renvoie à ce que j'ai dit plus haut, et j'ajoute que, dans son application spéciale à la condiction, cette distinction ne mène à aucun résultat certain (*d*).

4° En général, l'erreur n'est exigée pour la condiction qu'afin d'exclure l'idée de donation (*e*); or, l'intention de donner n'existe pas plus dans le cas de l'erreur de droit que dans celui de l'erreur de fait. — Cet argument est le plus plausible de tous, mais nullement décisif. Il est bien établi que le payement fait sciemment, sauf quelques exceptions, ne peut être répété, mais le payement fait par suite d'une erreur de fait; quant à l'erreur de droit, la question est controversée. Le cas du payement fait sciemment était écarté de la manière la plus facile et la plus sûre par l'intention de donner; c'est pourquoi l'on s'est appuyé sur ce motif. Mais de là il ne résulte pas que ce motif soit le seul, et qu'à son défaut l'on doit admettre la proposition inverse. Toute condiction, au contraire, repose sur une cause positive: cette cause est l'erreur; or, pour produire effet, l'erreur doit toujours être une erreur excusable, c'est-à-dire, entre autres conditions, ne pas être une erreur de droit.

(*d*) Voy. Num. VIII. — C'est pour prévenir cette objection que Donellus a inventé sa distinction entre le *damnum rei amittendæ* et *amissæ* (I, 21, § 12, 8, XIV, 14, § 9).

(*e*) L. 53, de R. J. (L. 17) : « Cujus per errorem dati repetitio est, ejus « consulto dati donatio est. » L. 82 eod., L. 29, pr. de don. (XXXIX, 5);

XXXVII.

Jusqu'ici j'ai discuté les arguments généraux en faveur des deux opinions, je passe maintenant à l'examen de différents textes, où la question est résolue tantôt en général, tantôt dans son application à des cas spéciaux. Voici les textes qui s'expriment en termes généraux :

L. 10, C. h. t. « Cum quis *jus ignorans* indebitam pecu-« niam solverit, *cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti* « *tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.* »

L. 6, C. h. t. « Si ... indebitam, *errore facti*, olei materiam « spopondisse... animadverterit... condicentes audiet. »

L. 7, C. h. t. « *Error facti,* necdum finito negotio, nemini « nocet .. »

L. 6, C. de cond. ind. (IV, 5). « Si per *ignorantiam facti* « non debitam quantitatem pro alio solvisti... restitui eo « agente providebit. »

« L. 7, C. eod. « Fideicommissum vel legatum indebitum, « *per errorem facti solutum,* repeti posse, explorati juris « est. »

Quiconque lira ces textes sans s'être fait d'avance une opinion sur la question qui nous occupe, pourra difficilement méconnaître l'autorité de leurs témoignages unanimes. Voyons maintenant ce que les adversaires peuvent leur objecter (*a*). Tous ces textes, disent-ils, ont le grand défaut d'être des rescrits; or, on ne peut jamais se fier entièrement à des rescrits, car nous n'en avons qu'un fragment isolé, et nous ne savons pas jusqu'à quel point il faut mettre sur le compte des circonstances particulières de l'espèce, ce qui nous apparaît comme règle. — Sans doute, cet argument

L. 47, de operis libert. (XXXVIII, 1); L. 7, § 2, pro emt. (XLI, 4); L. 12, de novat. (XLVI, 2).

(*a*) Mühlenbruch, p. 427-431.

général contre l'autorité des rescrits ne doit être invoqué qu'avec beaucoup de réserve; mais, par rapport aux quatre derniers textes cités, il semble plausible, car la règle sur l'erreur de droit n'en peut être tirée que par *argumentum a contrario;* procédé peu sûr, surtout quand on l'applique aux rescrits. Il se pourrait donc que dans ces quatre textes les empereurs, en admettant l'erreur de fait comme excuse, n'aient pas voulu repousser l'erreur de droit. Mais cela n'est pas vraisemblable, car en général l'erreur de fait et l'erreur de droit sont opposées l'une à l'autre, de telle sorte que l'une est admise comme excuse et l'autre rejetée. Or, quiconque est appelé à faire l'application de l'excuse pour l'erreur de fait, comme nous le voyons dans ces quatre textes, ne saurait oublier d'exclure l'erreur de droit, si telle était son intention.

Mais cette argumentation, toute faible qu'elle est, tombe devant le premier des textes cités. Ce texte dit positivement : L'erreur de fait est admise pour la *condictio indebiti,* l'erreur de droit ne l'est pas. Que répond à cela Mühlenbruch? Qu'il s'agit d'un rescrit, et que peut-être la règle ici exprimée se trouvait restreinte ou même détruite dans une autre partie du rescrit. Mühlenbruch va plus loin : il nous dit ce que devait contenir le rescrit, une décision relative à la quarte falcidie. Mais d'abord, c'est là une supposition purement gratuite, et d'ailleurs elle ne le mène pas à son but, comme on le verra tout à l'heure. En général, est-ce là interpréter? Les Romains aussi savaient ce que sont les rescrits, comment il faut les traiter, et dégager la règle des circonstances concrètes de l'espèce. Sans doute, ils auraient dit du fragment inséré dans le Code ce qu'ils ont dit d'autres rescrits : « Illa pars rescripti generalis est (*b*). »

Je passe maintenant aux textes qui, dans des applications

(*b*) Voy. le traité, § 24, note *k*.

particulières, déclarent l'erreur de droit inadmissible (c).

L. 9, § 5, h. t. L'héritier qui acquitte un legs en totalité, sans faire, comme il y était autorisé, la retenue de la falcidie, n'a pas la *condictio indebiti*, s'il a agi par erreur de droit; cette décision est formellement exprimée dans un décret impérial (d). Mais il faut bien faire attention à la place qu'occupe ce texte. Paul avait (au principium) posé ce principe général, que l'erreur de fait ne nuit pas, et que l'erreur de droit nuit. Puis viennent les restrictions faites à ce principe et les applications qui le confirment, et c'est une confirmation très-explicite du principe relativement à l'erreur de droit, que présente le § 5. Si là-dessus un doute était possible, il tomberait devant ces termes du rescrit :

« Quod si ideo repetitionem ejus pecuniæ habere credant, « quod imperitia lapsi legis Falcidiæ beneficio usi non sunt : « sciant, *ignorantiam facti non juris prodesse; nec stultis solere* « *succurri, sed errantibus.* »

Ainsi donc, on n'admet pas la *condictio indebiti* pour cause d'erreur de droit, et cela parce que dans l'erreur de droit il y a toujours une sotte négligence dont chacun doit supporter les conséquences. Il est évident que la décision et son motif subsisteraient toujours, quelle que fût l'occasion de la condiction, et la falcidie est ici une circonstance tout à fait différente.

Dans ce texte, dit Mühlenbruch (e), la falcidie est le seul motif de la décision. L'acquittement des legs, sans être une *naturalis obligatio*, est néanmoins un devoir de conscience;

(c) Parmi ces applications spéciales, il faut ranger la *in jure confessio*, où l'on peut exciper de l'erreur, pourvu que ce ne soit pas une erreur de droit. Cela résulte du principe général qui sert de base à la *condictio indebiti* (Num. XIX, g).

(d) Ce principe se trouve reproduit d'une manière non moins formelle, quoique plus brièvement, dans la L. 9, C. ad L. Falc. (VI, 50).

(e) Mühlenbruch, p. 393, 394.

c'est pourquoi l'on refuse ici la condiction pour cause d'erreur de droit, qui serait admise s'il s'agissait d'un autre *indebitum*. Mais avec une pareille explication on méconnaît arbitrairement l'enchaînement général du texte, et l'on ne méconnaît pas moins le sens véritable du principe posé par l'empereur, principe qui s'applique à toute espèce d'*indebitum*. Quel rôle joue ici ce devoir de conscience qui n'engendre pas de *naturalis obligatio?* Il n'aurait d'importance que comme motif du payement, mais alors on devrait approuver les scrupules des héritiers et non les flétrir comme *stulti*. Or, notre texte ne parle nullement de cela, mais d'un motif tout différent, l'erreur de droit (*f*) L'interprétation que Mühlenbruch essaye de ce texte, afin de soutenir son opinion, est donc tout à fait forcée, et c'est justement l'interprétation du cas qu'il suppose dans le rescrit original, auquel est empruntée la L. 10, C. h. t. (*g*). Même en admettant cette supposition, on voit que Mühlenbruch n'y gagnerait rien pour soutenir sa doctrine contre la L. 10, C. h. t.

Un autre texte, L. 2, C. h. adv. sol. (II, 33), fait une application de notre principe encore plus générale :

« Indebito legato, licet per errorem juris a minore soluto, « repetitionem ei decerni, si necdum tempus, quo restitu« tionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est. »

Un mineur acquitte par erreur de droit un legs qu'il ne devait pas pour un motif quelconque, il peut le répéter s'il est encore dans les délais de la restitution. Ainsi donc, le legs ne peut être répété si le délai de la restitution est expiré,

(*f*) C'est tout à fait à tort que Mühlenbruch met sur la même ligne la L. 9, § 5 h. t., et la L. 2, C. de fideic. (VI, 42), car cette dernière loi parle précisément d'un payement fait en connaissance de cause par respect pour la volonté du défunt. Le contenu de ces deux textes n'est donc pas du tout le même.

(*g*) Muhlenbruch, p. 430, 431.

bien moins encore s'il a été acquitté par un majeur. Contre un pareil argument, *a contrario*, il n'y a, je crois, rien à objecter. — Ce texte nous montre encore une application pure et simple de notre principe. Mühlenbruch explique ce texte par l'argument que j'ai réfuté tout à l'heure, la nature d'un devoir de conscience (*h*). Il est nécessairement réduit à supposer un cas semblable, mais l'*indebitum legatum* dont parle le texte pourrait être tel qu'il n'y aurait à l'acquitter aucun devoir de conscience, même d'après le système de Mühlenbruch (*i*).

XXXVIII.

Je vais maintenant examiner les textes invoqués par les adversaires à l'appui de leur doctrine (*a*). Le premier seul est de quelque poids.

L. 1, pr. ut in poss. (XXXVI, 4). L'héritier testamentaire devait donner caution aux légataires, et, d'après l'ancien droit, la volonté même du testateur ne pouvait le dispenser de cette obligation; cette dernière disposition fut abolie par un décret de Marc-Aurèle qui fait partie de ses *Semestria* (*b*). Maintenant un héritier fournit la caution dont il était dispensé. Si, en agissant ainsi, il ignorait la dispense accordée par le testateur, il pouvait, sans aucun doute, demander, en vertu de la *condictio indebiti*, l'annulation du cautionnement. Mais s'il n'avait pas cru la dispense valable, si dès

(*h*) Mühlenbruch, p. 440 rapprochée de p. 393, 394.

(*i*) Si, par exemple, un testateur charge un de ses héritiers d'acquitter tous les legs, et qu'un cohéritier mineur se croie, par erreur de droit, également obligé; de même encore si le légataire, étant *peregrinus*, l'héritier mineur ignorait cette incapacité, et peut-être même le testateur.

(*a*) La plupart de ces textes se trouvent dans Mühlenbruch, p. 418 sq.; quelques-uns se trouvent dans Glück.

(*b*) L. 46, de pactis (II, 14), L. 2, C. ut in poss. (VI, 54). Sur les *semestria* de D. Marcus, voy. le Traité, § 24, note *v*.

lors il avait agi par erreur de droit? Ulpien dit à ce sujet :

« Adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse. »

On voit, au premier coup d'œil, avec quelle timidité, quelle incertitude, le jurisconsulte hasarde son opinion. Aussi ne peut-on pas raisonnablement opposer ce texte isolé aux décisions si nombreuses et si précises qui établissent la doctrine contraire; mais comment concilier cette assertion hasardée avec les autres textes qui sont si positifs? On a dit qu'il s'agissait ici d'un intérêt minime (*c*); mais c'est là une supposition gratuite, et d'ailleurs où devrait s'arrêter une semblable appréciation? On a dit qu'il s'agissait d'une *indebita promissio*, et non d'une *solutio* (*d*). Mais l'une et l'autre sont en général soumises aux mêmes règles, et, en outre, la nécessité de l'erreur de droit est, quant à l'*indebita promissio*, formellement exprimée (*e*). Enfin, on a dit que c'était là une exception spéciale en faveur des actes de dernière volonté (*f*), et qu'il fallait bien se contenter de cette explication à défaut d'une meilleure. Pour moi, je ne la crois pas nécessaire, et je m'explique le doute d'Ulpien par a nature même de la d sposition dont il s'agit. Ici nous voyons un changement de l'ancien droit établi, non par une loi proprement dite, mais amené par les besoins de la pratique, et consigné dans un rescrit impérial qui n'était pas une loi, malgré son insertion dans les *Semestria* (§ 24). Ce droit pouvait donc être considéré comme incertain, et en pareil cas un préteur équitable pouvait, usant d'indulgence (benigne quis dixerit), regarder l'erreur comme excusable et accorder la *condictio indebiti*.

(*c*) Cujacius, opp. IV. 1432.

(*d*) Donellus, I, 21, § 18.

(*e*) L. 6, C. h. t.

(*f*) Gluck, vol. XIII, p. 145, et avant lui Westenberg et Weber, qu'il cite.

Les autres textes que l'on oppose sont beaucoup moins spécieux. La plupart peuvent aussi bien s'appliquer à une erreur de droit qu'à une erreur de fait, et pour les invoquer comme décisifs sur la question, il faut d'abord supposer qu'ils s'appliquent exclusivement à une erreur de droit.

La L. 17, § 10, ad mun. (L, 1), peut s'appliquer à une erreur de fait.

L. 16, § 2 de minor. (IV, 4). L'erreur tombe probablement sur le contenu ou sur l'interprétation du testament. C'est du moins ainsi qu'il faut expliquer la loi dans le sens du droit Justinien. L'auteur de ce texte, Ulpien, voulait sans doute dire que cette femme serait encore protégée par la condiction, même après sa majorité; car de son temps les femmes pouvaient invoquer même l'erreur de droit (Num. XXXI). A la fin de ce texte, il faut lire *munita* (au lieu de *munitus*), leçon confirmée par de très-anciennes éditions.

L. 10, C. de cond. ind. (IV, 5). Quelqu'un avait promis deux choses alternativement, et par erreur les avait livrées toutes deux. Tout le monde s'accordait à dire qu'il pouvait en réclamer une, mais on était divisé sur la question de savoir à qui appartenait le choix. Justinien trancha la question en faveur du débiteur. — Ici l'on ne doit pas nécessairement supposer une erreur de droit. Le sens de la stipulation pouvait être douteux, surtout si elle devait être exécutée, non par le débiteur primitif, mais par ses héritiers. S'il s'agissait d'une erreur de droit sur la nature de la condition alternative, comment, parmi tant de jurisconsultes qui ont discuté la question accessoire, aucun n'aurait-il jugé convenable de parler d'un point aussi important?

L. 16, § 4 de publicanis (XXXIX, 4). Celui qui, par erreur, paye au receveur des douanes ce qu'il ne doit pas, peut le réclamer. — Ici encore l'erreur peut être une erreur de fait, par exemple, si elle tombe sur le poids des marchandises; mais quand même elle tomberait sur la loi de

douane, par exemple, sur le tarif, la condiction n'en serait pas moins admissible. En effet, le receveur connaît certainement les lois de douane; si donc il reçoit l'*indebitum*, sa fraude n'est pas douteuse, et c'est cette fraude et non l'erreur de droit de l'autre partie qui motive la restitution (Num. V et XXXV) (*g*).

L. 38, de cond. indebiti (XII, 6). Dans ce texte, l'erreur tombe non sur la règle du droit, mais sur l'application de la règle à l'espèce particulière, et dès lors rentre dans l'erreur de fait (Num. I et V).

L. 37, de auro (XXXIV, 2). La question de savoir si les vêtements de femme sont compris dans les *ornamenta* touche l'interprétation du testament, et l'erreur sur ce point est une erreur de fait. Avant l'insertion de ce texte dans le Digeste, il n'y avait pas là-dessus de règle précise. Ensuite, on ne dit pas si, par suite de son erreur, l'héritier avait déjà livré la chose, ou seulement fait une déclaration unilatérale, qui, n'ayant rien d'obligatoire, ne nécessitât pas la *condictio indebiti*.

L. 79, de leg. II (XXXI, un.). Ce texte parle d'un acte unilatéral qui ne créait aucune obligation, ce qui rendait la *condictio indebiti* tout à fait superflue (Num. XXXIV, *c*).

L. 20, pr. fam. herc. (X, 2). Ce que j'ai dit sur le texte précédent s'applique aussi à celui-ci (Num. XXXIV, *f*), et d'ailleurs on ne voit nulle part qu'il s'agît d'une erreur de droit.

XXXIX.

La *condictio indebiti* me donne occasion de revenir sur un principe énoncé plus haut (num. III), relativement à la preuve

(*g*) Les expressions mêmes du texte indiquent clairement le *dolus* du receveur : « si quid autem indebitum *per errorem solventis* publicanus accepit. » Ainsi donc, le payant était seul dans l'erreur, et le receveur a accepté l'argent sans rien dire.

de l'erreur. Là où l'erreur est admise comme excuse, ce qui dans la règle n'a lieu que pour l'erreur de fait, son existence s'implique de soi-même, tandis que l'erreur de droit, qui en général n'est pas excusable, ne se présume jamais. Ainsi, en matière d'usucapion, le possesseur pourvu d'un titre n'a pas besoin de prouver l'erreur de fait, qui est la condition indispensable de la *bona fides*; de même en matière de *bonorum possessio*, les délais ne commencent à courir contre le *bonorum possessor* que du moment où il a été mis en demeure d'exercer ses droits.

Ce principe sert de base à une disposition qui, appliquée à la *condictio indebiti*, nous donne sur l'obligation de la preuve une règle plus précise que nous n'en trouvons ordinairement sur cette matière (*a*). Quand l'existence de la dette est contestée, c'est à celui qui réclame à prouver l'*indebitum*, et, par voie de conséquence, l'erreur qui a donné lieu au payement; cette décision n'est pas fondée sur la nature générale de l'erreur, mais au contraire sur la nature spéciale de ce cas. En effet, on n'admet pas que quelqu'un soit assez imprudent pour payer ce qu'il ne doit point (*b*), surtout s'il s'agit d'un homme de sens et bon administrateur de ses biens. Mais il y a lieu par exception à la présomption inverse, et le créancier doit prouver l'existence de la dette, si le payement est fait par un mineur, une femme, un soldat, un paysan, un homme sans aucune connaissance des affaires,

(*a*) L. 25 pr., § 1, de prob. (XXII, 3).

(*b*) « qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecu- « nias jactet, et indebitas effundat... et ideo eum, qui dicit indebitas « solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, *vel ali- « quam justam ignorantiæ causam* indebitum ab eo solutum... » Ainsi donc la *justa ignorantiæ causa*, qui ailleurs est représentée comme condition d'une erreur excusable (Num. III), sert en outre à faire admettre l'existence même de l'erreur. Cette décision a d'autant plus d'importance dans la pratique, que l'erreur est un état de l'âme bien rarement susceptible d'une preuve directe.

ou bien encore d'une simplicité d'esprit ou d'une incurie notoire. Alors disparaît l'invraisemblance d'un payement sans motifs. Entre ces deux limites viennent se placer encore un grand nombre de cas douteux abandonnés à la prudence du juge, qui devra se décider d'après les circonstances. Le principe dominant en cette matière, est que, hors le cas d'une invraisemblance évidente, on peut ajouter foi à celui qui excipe d'une erreur de fait.

XL.

J'ai examiné plus haut (num. VII, VIII) deux principes apparents sur la théorie de l'erreur; après l'exposition détaillée qui précède, je puis plus sûrement encore ramener ces deux principes à leur signification véritable et fort restreinte.

Voici l'un de ces principes : l'erreur exclut l'existence même de la volonté libre. Voici les cas fort simples qui ont motivé dans quelques textes du droit romain une expression aussi forte. L'acte d'où l'on induit une déclaration de volonté tacite ne doit pas être le résultat de l'erreur, autrement on ferait violence à cet acte par une semblable interprétation (num. XII, notes *a* et *c*). Quand un acte en soi et par sa forme n'a aucune force obligatoire, on peut bien moins encore l'admettre comme fondement d'un droit s'il a été fait par erreur (num. XXXIV, notes *d* et *o*).

Voici l'autre principe : l'erreur de fait peut être invoquée dans tous les cas; l'erreur de droit peut être invoquée pour écarter un dommage, mais non pour réaliser un bénéfice. Des applications non douteuses nous ont montré que ce principe était souvent faux, et ne pouvait jamais donner dans la pratique des résultats certains. Ce principe a son origine dans une règle de l'ancien droit. Les femmes ont le privilége d'invoquer l'erreur de droit aussi bien que l'erreur de

fait, sauf toutefois en matière de donations. Dans la suite cette règle a été en grande partie abandonnée, et les compilateurs, en insérant quelques fragments d'anciens jurisconsultes où elle était exprimée, ont donné lieu par cette inadvertance à la méprise que j'ai signalée (num. VIII, XXXI).

XLI.

Après avoir exposé les principes du droit romain sur l'erreur, il ne sera pas sans intérêt de faire rapidement l'examen comparatif des principes adoptés par les législateurs modernes.

Le Code prussien pose ce principe général : « Nul ne peut « alléguer l'ignorance d'une loi régulièrement promulguée » (Einl., § 12), et il n'admet d'exception que pour les lois pénales qui prohibent des actes auparavant permis (§ 13). Relativement aux déclarations de volonté (I, 4, § 75-82), il pose des règles en grande partie conformes aux principes du droit romain sur l'*error in corpore*, etc., mais avec de nombreuses extensions. Ensuite il exprime ce principe important que toute autre espèce d'erreur, nommément l'erreur dans le motif, ne vicie pas les déclarations de volonté, à moins toutefois que l'autre partie ne fût *in dolo*, ou qu'il s'agisse d'un contrat purement lucratif (§ 83, 148-150). Ces dispositions sont entièrement conformes à celles du droit romain, sauf la dernière qui est une innovation volontaire et assez sage.

Enfin la *condictio indebiti* (I, 16) repose, comme en droit romain, sur l'erreur de celui qui a payé, erreur dont il doit faire la preuve (§ 166, 178, 181). L'erreur de droit est insuffisante, car on ne l'admet pas en principe (*a*). Le dol de

(*a*) Anciennement Suarez, conformément au droit romain, rejetait toute *condictio indebiti* fondée sur une erreur de droit. Plus tard, on posa en principe que la condiction était admissible pour toute espèce d'erreur;

l'autre partie supplée à l'absence de toute autre condition (§ 176).

Ainsi, en résumé, l'ignorance du droit est traitée avec plus de sévérité encore que dans le droit romain, bien que l'état actuel du droit semble motiver plus d'indulgence (num. IV). Cela ne doit pas nous surprendre, car à l'époque de la rédaction du Code, on se flattait que le droit serait désormais non-seulement certain, mais connu de la nation entière. Cette prescription embrasse sans doute toute espèce d'erreur de droit, mais sa rédaction s'applique directement à l'existence des différentes lois, puisqu'elle s'attache uniquement au fait de la publication. On n'a pas réfléchi que, le plus souvent, l'erreur de droit ne vient pas de l'ignorance d'une loi particulière, mais d'une fausse théorie fondée sur la combinaison de plusieurs lois. Nous devons donc admettre, pour justifier la sévérité du Code, que nul ne peut, sans une grave négligence, tomber dans une semblable erreur. Mais cette supposition est déjà démentie par le grand nombre de déclarations législatives publiées depuis la rédaction du Code, et destinées presque toujours à rectifier des décisions erronées ou contradictoires rendues par des tribunaux composés de juges instruits et éprouvés.

De même que le Code prussien, le Code autrichien dit, § 2, que nul ne peut invoquer pour excuse l'ignorance d'une loi (*b*). — L'erreur vicie le contrat si elle résulte du dol de

mais, dans la pratique, ce changement n'a pas grande importance, car l'erreur de droit ne pouvant jamais être alléguée (L. R. Einleitung, § 12, 13), la *condictio indebiti* ne peut jamais être fondée sur une erreur de cette espèce. Ce principe sert de base à plusieurs dispositions du L. R. I, 16, § 176, 184.

(*b*) Zeillar Vorbereitung zur Osterreich. Gesetzkunde, vol. IV, p. 84, justifie cette disposition, en disant qu'avec une bonne législation nationale l'homme le moins instruit peut difficilement avoir à souffrir de l'ignorance du droit. Dans plusieurs cas, ajoute-t-il, le droit romain admettait l'igno-

l'autre partie (§ 871), non si elle a été occasionnée par un tiers ou par la partie qui en souffre, ce qui exclut l'erreur purement accidentelle (§ 875, 876). — La *condictio indebiti* est admise pour toute espèce d'erreur, même l'erreur de droit (§ 1431), disposition qui semble peu d'accord avec la sévérité du principe général adopté par le Code.

Le Code civil français paraît admettre la nullité du contrat pour toute espèce d'erreur (art. 1109). Mais, en réalité, cela ne doit s'entendre que de l'*error in corpore*, ou d'une erreur du même genre (art. 1110). L'erreur dans le motif, et notamment sur la valeur ou l'usage de la chose, est comprise dans l'idée générale de lésion, et la lésion peut toujours être invoquée par les mineurs (art. 1305), non par les majeurs (art. 1313), sauf le cas d'une vente d'immeuble où la lésion excéderait les sept douzièmes du prix. — Il n'y a que deux cas où l'erreur de droit soit traitée moins favorablement que l'erreur de fait, celui de l'aveu judiciaire (art. 1356) et celui de la transaction (art. 2052, 2053). Partout ailleurs, l'erreur de fait et l'erreur de droit sont mises sur la même ligne. Pour la *condictio indebiti* en particulier, on peut invoquer toute espèce d'erreur (art. 1235, 1376-1381), et d'après la généralité de ces textes, les auteurs et la jurisprudence des tribunaux admettent la *condictio indebiti*, même pour une erreur de droit (*c*), chose digne de remarque; car Pothier, dont les doctrines ont eu tant d'influence

rance du droit chez les gens de la campagne, les soldats, les femmes, etc.; avec une quantité innombrable de lois entassées sans ordre, rédigées dans une *langue savante*, ou du moins inintelligible à toutes ces personnes, une semblable exception était juste, et du temps des Romains il eût été plus juste encore de l'étendre à presque tout le monde. Zeillar semble presque supposer que les Romains parlaient *viennois*, et qu'ils étaient incapables de comprendre des décrets du peuple et des édits écrits en latin.

(*c*) Merlin, Répertoire, v° Ignorance, § 1; Toullier, Droit civil, t. VI, N. 56, 59-67, 75; tom. XI, N. 63.

sur la rédaction du Code, soutient en droit romain l'opinion contraire (*d*).

Si l'on compare ces diverses dispositions législatives sur la *condictio indebiti,* on arrive à ce résultat remarquable : le droit romain et le droit prussien n'admettent pas l'erreur de droit ; le Code autrichien et le Code français l'admettent ; et si l'on considère cette dernière doctrine sous le point de vue législatif, on y trouve la reconnaissance pratique de cette vérité, que, dans l'état actuel du droit, celui qui paye par erreur de droit mérite moins le reproche d'une grave négligence que du temps des Romains (num. XXXV). En Autriche et en France, le législateur a exprimé cette idée nouvelle en déplaçant la présomption de la faute.

(*d*) Pothier, Traité de bienfaisance, *condictio indebiti,* Num. 162. A la vérité, il s'exprime ailleurs différemment, Pandectæ Justin., XXII, 6, Num. 5.

FIN DU TROISIÈME VOLUME.





